祝贺马克昌教授执教五十六周年
暨八十华诞系列文丛

总主编 莫洪宪

刑法的行为无价值与结果无价值研究

王安昇 著

中国人民公安大学出版社

祝贺马克昌教授
执教五十六周年暨八十华诞系列文丛

- 刑法中的行为无价值与结果无价值研究
- 加入《联合国打击跨国有组织犯罪公约》对我国的影响
- 贪污贿赂罪疑难问题研究
- 人类生死与刑事法律改革
- 理想与现实——中国死刑制度报告
- 刑法谦抑精神研究
- 淫秽物品犯罪研究
- 重大刑事案件趋升原因及对策
- 不能犯初论
- 规范刑法原理
- 刑事诉讼中的电子证据规则研究



ISBN 7-81087-979-0/D · 741
定价：31.00元

祝贺马克昌教授执教五十六周年暨八十华诞系列文丛

[illegible]莫洪宪

刑法中的行为无价值与结果无价值研究

王安异 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目（CIP）数据

刑法中的行为无价值与结果无价值研究/王安异著．—北京：中国人民公安大学出版社，2005.2

（祝贺马克昌教授执教五十六周年暨八十华诞系列文丛）

ISBN 7-81087-979-0

Ⅰ．刑…　Ⅱ．王…　Ⅲ．刑法—研究　Ⅳ．D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2005）第 003698 号

刑法中的行为无价值与结果无价值研究

XINGFAZHONGDE XINGWEIWUJIAZHIYU JIEGUOWUJIAZHI YANJIU

王安异　著

出版发行：中国人民公安大学出版社
地　　址：北京市西城区木樨地南里
邮政编码：100038
经　　销：新华书店
印　　刷：北京蓝空印刷厂

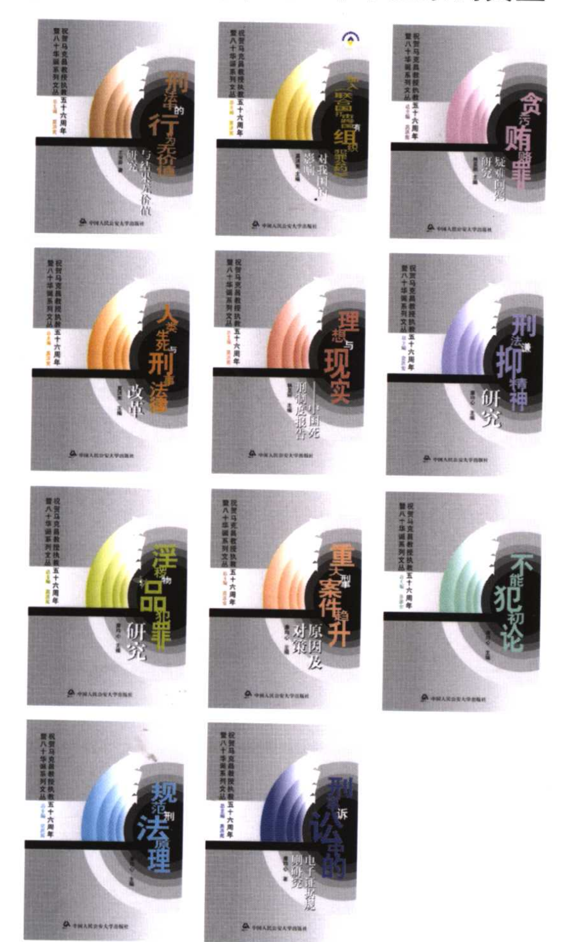
版　　次：2005 年 2 月第 1 版
印　　次：2005 年 2 月第 1 次
印　　张：16
开　　本：787 毫米×1092 毫米　1/16
字　　数：254 千字
印　　数：0001～3000 册

ISBN 7-81087-979-0/D·741
定　　价：31.00 元

本社图书出现印装质量问题，由发行部负责调换
联系电话：(010) 83903254

E-mail：cpep@public.bta.net.cn
www.jgclub.com.cn

祝贺马克昌教授
执教五十六周年暨八十华诞系列文丛



责任编辑：赵学颖
文字编辑：祖　敏
封面设计　图荣轩文化艺术
83517856

总　序

2005年8月12日，是中国著名法学家、武汉大学法学院首任院长马克昌教授80华诞的喜庆之日。此年，也是马克昌教授从事法学教育和研究56周年。本套系列丛书是专为庆贺马克昌教授的80寿辰暨从事法学教育与研究56周年编辑而成的。

在56年的法学教育和法学研究生涯中，马克昌教授见证并亲身经历了中华人民共和国法治建设55年跌宕起伏的历程。1946年，他从河南省西华县考人著名的国立武汉大学法学院，学习法律并投身革命。1950年，他因品学兼优而毕业留校任教。不久，他即被保荐到中国人民大学研究生班，接受全新的学习和教育，同时，师从前苏联刑法学家贝斯特洛娃教授专攻刑法学。1952年，他完成研究生学业，回到武汉开始登台主讲刑法学。但由于众所周知的原因，在我国民主法治建设遭遇严重打击和挫折时，马克昌教授也未能幸免。1958年，马克昌教授受到不公正待遇被下放到农村劳动。1959年下半年，他虽然被宣布“摘帽”并得以重返武汉大学，但是法律系已被撤销，只得从事伙食科出纳员、图书馆员等工作。“文革”开始后，他又受到错误对待，并再次被下放到农村走“五七道路”，进行所谓的“劳动改造”，直至1972年才又回到武汉大学图书馆，工作到1979年。在此20多年的艰难岁月中，他风华正茂的青春日子和科学研究的黄金时间无声地流逝了。然而，在种种精神和肉体的磨难面前，他始终保持着乐观的精神面对人生，即便在农村、在图书馆，也作出了令人称道的成绩。

1979年，马克昌教授53岁，这一年，他终于迎来了时代和人生的重大转折。他被当时的武汉大学校长刘道玉教授委任为法律系副主任，协助法律系主任韩德培教授一道恢复和发展法律系，迎接新中国法治建设和教育的春天。受命后，马克昌教授怀着对法学事业的热爱和凭着深厚的学术功底，在事业上焕

发出青春的活力，全面展示了法学活动家、教育家和刑法大家的风采和魅力。

作为法学社会活动家，1980 年，马克昌教授曾接受中华人民共和国司法部委派，在轰动世界的“林彪、江青反革命集团案”中，担任吴法宪的辩护人，依法工作，获得极大赞誉。他还兼任中国刑法学会名誉会长、最高人民法院特邀咨询员等多种社会职务，为国家的立法和司法改革作出了卓越的贡献。

作为法学教育家，从 1983 年开始，马克昌教授担任武汉大学法律系主任。1986 年，武汉大学法学院成立后，他又出任法学院院长。他以极大的激情和精力，投身于法学院建设，带领全院教师和工作人员团结进取，在教学、科研、人才培养和对外交流等方面取得了令人瞩目的成绩，使武汉大学法学院成为“珞珈山上的王牌军”，成为中国著名的法学院，并一直保持着国内同行的领先地位，在国际上声誉日高。

作为学者，马克昌教授一直活跃在刑法学理论研究的舞台上，笔耕不辍。他参与主编的多部刑法学教材被誉为我国权威的刑法学教科书。由他主编的《犯罪通论》、《刑罚通论》、《中国刑事政策学》、《近代西方刑法学说史略》等著作，受到学界高度评价，成为我国刑法学研究的典籍性文献，是很多高校刑法专业研究生的指定教材。2002 年，他出版的专著《比较刑法原理——外国刑法学总论》，以其丰富的内容、详实的文献、严谨的结构和深刻的见解轰动学界，并成为 2003 年度获国家图书奖的惟一法学类著作。

作为教师，马克昌教授一直活跃在教书育人的岗位上，为本科生、硕士生和博士生授课、讲座。他教学一丝不苟，而且在艰深的理论和现实案例中游走自如，深入浅出，颇受学生欢迎和喜爱。他不仅引导学生学习专业知识，而且引导他们成为一个有理想、有追求、有责任感、有崇高修养的人。他为中国法治建设和法学教育培养了许多优秀人才，他们有的在最高人民法院、最高人民检察院、公安部以及各级司法机关和行政部门担任要职，有的已成为教授、博士生导师、学科带头人，活跃在法学教育和研究领域，在各条战线上为中国的法治建设作出自己的贡献。

马克昌教授是一位具有战略眼光的学者，他以开阔的视野、国际化的意识，重视对外交流，积极主动地将学科建设与国际接轨，置其于国际学术环境中发展。他曾经应邀到美国、加拿大、日本、德国、巴西等国家以及我国香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区访问讲学、参加国际学术会议；他也多次

热情邀请国际著名学者到中国来访问讲学，举办国际会议。通过与一流大学、一流学科、一流学者进行交流，不断引进新的学术信息、学术理论和学术思潮，马克昌教授身体力行积极组织国际间的学术交流与合作，不断为学科建设注入生机，提升了本学科在国内外的知名度，增强了本学科在同类学科中的竞争力，为学科发展进入良性循环奠定了坚实的基础。

马克昌教授以其渊博的知识、卓越的理论成就和高尚的品德，赢得了中国司法界和刑法学界乃至整个法学界的尊敬和景仰，获得了国外同行的敬重和钦佩，受到学生的爱戴。在马克昌教授80华诞即将来临之际，他的学生们自发组织起来，策划了这套庆贺丛书，以表达自己对先生的感激和祝贺。本套丛书中的作品，有的是独著，有的是合著，它们都是马克昌教授的弟子们在刑法学、犯罪学方面新的研究成果。贺寿献礼意义深远，一方面是弟子们向先生汇报自己的工作；另一方面也通过这样的方式深化刑事法学理论研究，这也非常符合先生对弟子们的期许。

这套丛书在策划之时，得到中国人民公安大学出版社的大力支持和高度重视，他们组织了专门的编辑力量，负责丛书的编辑出版，在此，向中国人民公安大学出版社法律编辑部的编辑们表示诚挚的谢意！

衷心祝愿马克昌教授永葆青春，健康长寿！

丛书主编：莫洪宪

2005年2月

引 言

我国犯罪论体系受前苏联刑法理论的影响较大。

前苏联刑法学家特拉伊宁认为，“犯罪构成是刑事责任的惟一根据”，“犯罪学说中的一切问题——关于犯罪行为及其结果的问题、应受惩罚的行为的范围及其组成问题——都是同犯罪构成这个总问题的解决密不可分地联系着的。其次，对刑法中的许多重要制度——罪过、共同犯罪、预备行为和未遂——的研究，也必须预先对犯罪构成及其因素有明确的了解”。① 我国刑法理论中，“犯罪论的体系主要是依据犯罪构成建立起来的”。②

然而，近20年来我国学界又借鉴了一些德、日刑法理论中的研究成果。由于我国与德、日刑法理论在犯罪论体系上的分野，这些借鉴或多或少地会出现语境转换上的困难。笔者将要论述的行为无价值与结果无价值评判就是一例。

“行为无价值”译自德语“Handlungsunwert”一词，“结果无价值”则为“Erfolgsunwert”。“无价值”是“Unwert”的直译，有“违反法价值”、“不符合法价值”的意思。主张行为无价值的理论是行为无价值论，主张结果无价值的理论是结果无价值论。行为无价值与结果无价值是德、日刑法理论在违法性中讨论的问题，发之于对违法性本质的思考，影响对定罪论中具体问题的解释，是第二次世界大战后德、日刑法理论的重要研究成果，开拓了刑法理论研究的新视野。但是，由于理论体系上的差异，该问题在我国刑法理论中多年来都没有引起应有的共鸣。我国刑法理论界对行为无价值论和结果无价值论虽有所介绍，但文字寥寥，只是勾勒出一个模糊的轮廓，无法给人以全面、清晰的认识。而以行为无价值或结果无价值来解决中国刑法问题，不仅少有人尝试，而且即或偶有尝试，也是浅尝辄止，没有道出其所以然。笔者着手研究这一问题时，

---

① ［苏］特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，薛秉忠、卢佑先、王作富、沈其昌译，中国人民大学出版社1958年版，第1～2页。

② 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社1999年版，第89页。



已经感受到了这种语境转换的困难。

行为无价值与结果无价值不如制度性研究那么具体，也不如思想评介那么直接，它们是运用刑法对犯罪行为的一种价值评判，包括评判的方法、角度、内容等，几乎涵盖了对刑事不法理论中所有问题的解释，所以，真的要接近并解释它们时，却发现它们本身含义是如此空洞而意义却如此重大。

行为无价值与结果无价值评判对解决我国刑法中的实际问题有很大的意义。我国刑法中对犯罪的认定，不仅要考虑行为已经从形式上符合了犯罪构成，而且还要判断该行为是否已经具备了犯罪构成中的"社会危害性"。其实，犯罪构成中的"社会危害性"不同于司法实践中的社会危害性概念，前者是根据立法价值而确定的概念，表明了一种价值观念，而后者却是一个事实概念。所以，判断犯罪构成中的"社会危害性"实际上是一个价值评判的问题，即判断危害行为是否符合犯罪构成中所包含的这种价值。这里就要涉及无价值评判的问题，这一点与德、日刑法理论中的行为无价值与结果无价值评判是一致的。而且，德、日刑法理论上一般也承认，行为无价值与结果无价值评判一般要在构成要件规定的范围内讨论，否则对定罪没有意义。在这一点上，我国与德、日刑法理论上也是可以交流的。

基于上述考虑，本书大胆地涉足这一新论题，并以行为无价值和结果无价值为视点对我国刑法理论中的部分问题进行反思。

在我国刑法中研究行为无价值和结果无价值，必然涉及理论上的拓展。第一，在犯罪构成框架中研究行为无价值和结果无价值，必然要求对行为无价值和结果无价值进行重新定位；第二，以行为无价值和结果无价值为根据对犯罪构成进行研究，这涉及对一个新领域的开拓。

在方法论上，本书除了采用传统的比较分析方法，即对德、日刑法理论中的行为无价值与结果无价值理论进一步的梳理、比较，并分别加以评述，讨论了行为无价值与结果无价值的相互关系、地位等问题。

另外，本书还采取了理论与实践相结合的分析方法，改变传统单向分析的思维模式，一方面以行为无价值和结果无价值评判对实定法的问题进行研究，另一方面以实定法为根据，研究行为无价值和结果无价值的相互关系、各自功能等。

目　录

第一章

行为无价值与结果无价值概论

第一节 问题的提出

我国刑法第13条规定："一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。"本条指出了犯罪概念及作为犯罪基础的危害行为的范围。

从本条看，刑法中的危害行为包括严重的危害行为和轻微的危害行为两种。

除了这一概念性的规定之外，刑法其他条款也先后出现了一些关于"行为"的规定，根据不同的区分标准，可划分为：包含危害结果的行为和不包含危害结果的行为；有意识的行为和无意识的行为；具有社会危害性的行为和不具有社会危害性的行为等多种行为。①

这些分类的目的和意义在于方便定罪。如有意识的行为可构成犯罪，而无意识的行为则不构成犯罪；具有严重社会危害性的行为可构成犯罪，而不具有社会危害性的行为则不应构成犯罪；包含危害结果的行为是广义的行为，大多数情况下是指犯罪行为，而不含危害结果的行为则是狭义的行为，表现为一种与危害结果相对应的概念。

然而值得追问的是：刑法第13条所规定的"情节显著轻微危害不大"的行

① 马克昌、鲍遂献：《略论我国刑法上行为的概念》，载《法学研究》1991年第2期，第1~5页。

为在刑法上到底处于一种什么样的地位，到底应当归类于有社会危害性行为还是无社会危害性的行为？如果归于有社会危害性的行为，则因其并无构成犯罪的可能，这样归类无疑是扩大了有社会危害性行为的范围，使得“情节显著轻微危害不大”的行为也面临定罪的可能，不利于发挥刑法的规制机能和保障人权的机能。如果将其排除在有社会危害性的行为范围之外，则又因其冠有“社会危害性”的限定词，其社会危害性与犯罪的社会危害性相比较而言只是程度上的差异，并不能否定其社会危害性。因此，“情节显著轻微危害不大”的限定使得该行为在分类上处于两难境地。

仅停留于对“情节显著轻微危害不大”行为的事实分析并不能说明此类行为刑事违法性根据；只有深入刑事违法性的实质分析，才有利于正确理解这一行为，只有进一步从是否违反刑法规范价值的角度，才能判断其是否构成犯罪。有些行为如紧急避险，对无辜的第三人合法利益构成侵犯，很难说完全没有社会危害性，但该行为在刑法上是合价值的。对此类行为，依社会危害性标准进行分类无助于定罪，要定罪还必须考虑该行为是否符合刑法上的价值。既然如此，放弃社会危害性的分类标准，转而采用无价值的标准更有利于对我国刑法第 13 条中的“危害行为”进行分类，也更有助于定罪。

基于这一考虑我国刑法第 13 条所规定的行为可分为合价值的行为和无价值的行为两种。

所谓合价值的行为，是指没有违反刑法规范价值，而不应该被刑法禁止的行为。这些行为在我国刑法中主要有三种：

（1）刑法所无法防止的行为，如我国刑法第 12 条第 1 款规定：“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律”。又如我国刑法第 16 条规定：“行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。”再如我国刑法第 18 条第 1 款规定：“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任”。

（2）应当为刑法所褒扬的行为，如我国刑法第 20 条第 1 款规定的“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为”。再如我国刑法第 21 条第 1 款规定的

“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为”。

（3）不值得进行刑法否定评价的行为，如我国刑法第13条规定的“情节显著轻微危害不大的”行为。

所谓无价值的行为，是指违反刑法价值，需要被刑法否定评价的行为。除上述合价值行为之外，我国刑法中其他的行为都是无价值行为。当然，无价值行为不等于犯罪行为，二者的区别在于：无价值行为是指违反法秩序，从而一般性地被刑法否定的行为；而犯罪行为是应当承担刑事责任的行为。如误想防卫行为，就属于无价值行为，但是否构成犯罪，还要看行为人是否有过失。

以是否符合刑法价值为标准进行分类，具有以下意义：

（1）避免分类不全的问题。刑法上的无价值行为与合价值行为是一对矛盾概念，所有无价值行为之外的行为都是合价值的，相反亦然。所以，按照这一标准，我国刑法中的所有的行为，包括以“行为”标明者和没有以“行为”标明者，都可以按照这一标准分为两类，不会出现遗漏，也不存在模棱两可的情况。

（2）对定罪具有重要意义。被评价为无价值的行为，才能进一步依据刑法规范定罪。通过无价值评判过程，刑法规范才得以转化为具体的裁判规范，并进行定罪量刑。不仅如此，无价值判断还赋予了刑法规范一种实质的内容，而不再是“无血肉”的条款，其一方面使犯罪构成中的社会危害性具有了某种规范意味，另一方面又有利于维护罪刑法定原则。

第二节　行为无价值与结果无价值的含义

行为无价值与结果无价值概念是由德国刑法学大师威尔哲尔提出来的。针对当时处于绝对优势地位的客观不法理论，威尔哲尔主张从“人对法律的接受”方面来理解不法，[①] 认为不法并非引起法益侵害的因果事实，而是具有目

① 理论上将“违法性”与“不法”进行了区分。如“违法性是一般性的法的理念问题，违法类型是被特殊化了的类型，并且是个法律概念”。“所谓违法性，就是行为违反了客观的法律秩序。”参见［日］小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社1991年版，第20～22页；而德国主张新构成要件理论的麦兹格则将构成要件理解为“不法类型”，将“不法类型”与“违法性”统一于“不法”概念之中。

的性的价值关系，刑法的价值评判对象就是目的行为，其价值内容体现于“目的性”中的对禁止和命令的态度，行为人基于反规范的目的拒不接受命令或禁止的表现，即为不法行为，所以不法是一种行为无价值。而与之相对，古典不法理论所主张的“不法是法益侵害”，则是结果无价值。

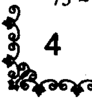
“行为无价值”译自德语“Handlungsunwert”一词，“结果无价值”相应为“Erfolgsunwert”。“无价值”是“Unwert”的直译，有“违反法价值”、“不符合法价值”的意思，在日本曾有人主张使用“反价值”一词，但因不能贴切表达“Unwert”的意义，没有通用。行为无价值与结果无价值的提法在德国、日本刑法理论上已经有约定俗成的含义，这里为了比较研究的方便，就不再使用其他名词。我国学者在翻译德文著作时也曾将这两个概念译为“行为非价”和“结果非价”，笔者后面在转引时也一概改为“行为无价值”和“结果无价值”。

“行为无价值”概念在威尔哲尔的论著中本意为在行为人的行为目的设定中不存在规范所要求的价值，或者说规范对行为人的目的没有产生积极作用，以至于实施行为并导致了法益损害的结果。① 行为无价值的思考方法是：国民应当按照一定的价值标准从事活动，否则构成无价值。行为无价值与主观不法理论有一定的继承关系，迈克尔（Merkel）、科奥希（Kohlrausch）、费勒克（Hold. V. Fereck）等人均持行为无价值论，后期主观不法理论的夏夫斯泰因（Schaffstein）、达姆（Dahm）等基尔学派学者所主张的有责不法理论实际上也是行为无价值论，因主观不法理论被客观不法理论所代替，在威尔哲尔提出“人”的不法理论以后，行为无价值的理论一般是基于“人”的不法理论而展开并以违反客观义务为主要内容的，故而理论上所指的行为无价值一般应属于客观不法理论的范畴。

在行为无价值论阵营内观点也并不一致，先后出现了以威尔哲尔为代表的本体论的行为无价值论、以阿明·考夫曼（Armin Kaufmann）和齐林斯科（Zielinski）为代表的波恩学派、以齐佩鲁斯（Zippelius）和穆茨贝格（Münzberg）为代表的客观行为无价值论以及以哈特维希（Hardwig）和奥托（Otto）为代表的真正的“人”的不法理论等。

本体论的行为无价值论认为，无价值内容在于行为的“目的性”（Finali-

① Vgl, Diethart Zielinski: Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 73 ~ 75.



taet)，行为人在其目的性活动中进行怎样的目的设定、行为人以何种心情实施行为以及该情况下行为人负有什么义务，这些都与可能产生的法益侵害一起决定着行为的不法。本体论的目的表现为“刑法上相关的目的性”，组成了不法构成要件的核心内容，而其他构成要件都因此“在特定意义上具有了行为的社会内容”。[①]

波恩学派则认为，价值标准是构成要件所确定的客观义务。以过失犯为例。“这种谨慎规则的善的意义只有在成为构成要件不法的限定标准时，才能变得具有法律的相关性。”“目的性”本身没有无价值内容，只有目的行为违反禁止和命令规范所赋予的义务时，才具有了无价值内容。[②]

客观的行为无价值论则将价值标准理解为刑法规范所赋予的客观注意义务，违反客观注意义务即成立行为无价值，主观上只要求该行为具有有意性即可，不需要“目的性”。[③]

真正的“人”的不法理论主张：“人”的不法内容不在于行为的目的性，而在于联系人与人之间关系的共同价值，社会伦理是刑法最深层次的价值内容，不法是对这种社会伦理的破坏，而不是侵害法益。[④]

在上述行为无价值论中，惟有本体论是对“行为”进行了广义的理解，将结果要素包含于行为之中。其他理论则明确将危害结果排除在外，或视为处罚条件，或视为无意义的东西，或视为非根本性的因素等。

我国台湾学者将“行为无价值”理解为：“着眼于行为之反伦理性而作否定性之价值判断。”[⑤] 从上述分析看，将无价值内容理解为“反伦理”的，只是一部分行为无价值论的观点，并不具有一般性，所以这一理解并不可取。为了便于对行为无价值的全面理解，应该使用概括性较强的“反规范性”取代“反伦理性”提法，将“行为无价值”定义为：着眼于行为的反规范性而予以否定

① Welzel, Strafrecht AT, Aufl. 11, S. 62, 35, 70; Zitiert von Krauss, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, ZStW, Bd. 76, 1964, S. 38 ~ 39.

② Armin Kaufmann: Zum Stande der Lehere vom personalen Unrecht Festschrift fuer Welzel zum 70, Geburststag, 1974, S. 406.

③ Zippelius, Zitiert von Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 26.

④ Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW, Bd. 87, 1975, S. 554, 557, 561.

⑤ 余振华：《刑法违法性理论》，元照出版有限公司2001年版，第82页。

的价值判断。

从这一概念中，我们可以将行为无价值的特点概括如下：

（1）该行为违反了刑法的禁止或命令规范。

（2）行为人必须是一般的规范接受者，其能够理解和遵守规范，而不具备刑事责任能力的人不能作为刑事违法的主体。

（3）否定性价值评判既包括对行为样态、方式等，又包括对行为人主观意志内容的无价值判断，后者一般称为“志向无价值”（Intentionsunwert）。

结果无价值论则继承了传统客观不法理论的法益侵害理论，许多著名的结果无价值论者，如李斯特、麦兹格、戈德斯密特（Goldschmidt）、贝林格、诺瓦科斯克（Nowakowski）、平野龙一、前田雅英等，都是客观不法理论的代表。由于这种继承关系的存在，使结果无价值论的基本观点显得比较成熟和统一，即认为不法是对法益的损害或威胁。其中虽也有一些理论分歧，如主观不法要素、法益概念等，但其都是理论内部的自我完善和修补，并未影响对结果无价值的理解。结果无价值论考虑到为了保护价值不同的人共存，认为只有法益受到侵犯时，才考虑动用刑罚。所以，结果无价值可定义为：着眼于行为引起法益损害或危险的结果，对此所作的否定性价值判断。

结果无价值主要有以下特点：

（1）在结果无价值中，行为只是原因，在法益损害之外并无独立不法意义。如麦兹格认为：不法“是法律所不允许的对状况的改变”。

（2）法益侵害的结果是无价值评判的核心内容。

（3）无价值判断是对法益侵害所进行的客观评判。只有出现了法益侵害的结果才可以将该行为评价为不法，这样以保护个人的自由不受国家司法权力的恣意侵犯。

行为无价值论与结果无价值论的对立表现为多方面。理论层面上，如不法本质、刑法中的行为概念、不法判断基准、不法要素、违法性认识、对抽象危险犯的态度等。实践层面上，如财产犯罪中行使权利的界限、误想防卫的处理、许诺伤害的定性等。这两种理论各持一端，各持其理论的优点与缺陷互不相让，所以也不容易简单地作出取舍。

以对刑法任务的认识为例。行为无价值论者团藤重光教授认为，刑法的任务应为维护上升为国家意志的社会伦理，违反这种国家伦理的行为就是不法。

这种观点虽在一定程度上限制了个人自由，但另一方面却有利于维护整个社会的秩序，有利于实现社会福祉。而持结果无价值论的平野龙一教授则认为，刑法应立足于保护宪法下以个人主义为基础的自由社会，应承认各自由个体之间的价值共存，而不应以模糊的国家伦理限制个人自由，因此，只有侵犯法益的行为才是不法的。这种观点虽不注重维护社会秩序，但有利于保护人权和自由。

然而，在一个文明社会中，国家伦理与个人自由并不是排他关系，而是对立的统一体，在相互的博弈中保持一种合作和动态的平衡。一方面，不存在绝对的自由，康德曾指出："根据普遍法则，你的意志的自由行使能够和所有其他人的自由并存。""如果自由的行使本身是自由的妨碍，那么根据普遍法则，它就是不对的。"① 维护良好的社会秩序、遏制无序的弱肉强食状态，是实现个人自由的前提，而充分保护个人自由则有利于维护社会安定、促进社会发展。另一方面，维护个人自由本身就是文明国家的伦理内容，二者根本不能截然分开。所以，行为无价值论与结果无价值论虽各持一端，但分别都具有一些合理的成分，故而难分轩轾。

申论之，因为这种对立关系的存在，欲消除行为无价值与结果无价值的理论差异是很难的，无论将二者融合为二元的理论或者简单地以一种无价值理论代替另一种理论都无法真正消除这种客观存在的龃龉。以承诺他人伤害为例。接受承诺，为救助第三人而摘除他人捐献的人体器官，与接受承诺砍去他人手指以偿赌债的行为相比，是不可能相提并论的。单就摘除他人捐献的人体器官而言，因手术而导致他人死亡和安全手术行为二者也是有区别的。这些问题的解决，或者说对行为无价值与结果无价值对立的实际处理，很多情况下都超出了其概念、特征本身，而不得不取决于刑事政策导向、社会发展等宏观问题。这在本书后面的章节中将会展开论述。

虽然如此，这种对立却使得行为无价值与结果无价值在理论体系中具有重要地位。日本学者前田雅英对刑法理论上的学派对立进行了简单归类，他认为，旧派与新派的对立为整个刑法理论中的对立，客观主义与主观主义的对立则为犯罪论中的对立，结果无价值与行为无价值是违法性论中的对立。② 因为不同学者所采取的犯罪论体系不同，相应其行为无价值与结果无价值的地位也有所

① ［德］康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社1986年版，第72页、第51页。

② ［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2002年版，第27页。

区别。如前田雅英所主张的犯罪论体系基本结构为：客观的构成要件——违法性——责任，违法性指的是一种实质的违法性判断，即“刑法中的违法性对处罚的认定必须以相当程度的法益侵害性为中心来单独进行判定”①。按照这样理解，则行为无价值与结果无价值系对实质违法性的评价。但是，也有不同观点，如麦兹格体系和威尔哲尔体系的结构为：行为——不法——有责，其中不法评价包括构成要件符合性评价和实质违法性评价两方面的内容，行为无价值与结果无价值是不法评价，相应就包括构成要件符合性和实质违法性评价。

由此可见，上述犯罪论体系的差异所导致的分歧是：行为无价值与结果无价值是否包括构成要件符合性内容。

在我国刑法犯罪构成的理论框架中，笔者对此持肯定态度。因为：

（1）行为无价值与结果无价值应为刑事违法性评判，而刑事违法性包括形式上是否符合法定的构成要件、是否具备了刑法中的无价值内容两方面，形式判断与实质判断不应截然分开，无价值评判只有在犯罪构成范围内进行才具有定罪上的意义。

（2）行为无价值与结果无价值应以刑法规范为评价依据，而不应该以超出刑法规定之外的规范为依据，否则对于定罪没有意义，即使刑法中并无完整的规定，如开放的构成要件，其所适用的规范也必须补充为完整的犯罪构成，否则不能认定其为刑法中的行为无价值和结果无价值。

（3）否认构成要件对于行为无价值与结果无价值评价的作用，则会使这种价值评判变得漫无边际，要么将一些非刑法的所谓“国家道义”纳入无价值评判，导致片面以所谓的“国家道义”来限制人们的自由，退回主观主义的理论；要么干脆否定国家道义对无价值评判的意义，退回古典的不法理论中。只有承认犯罪构成对无价值评判的限定作用，才能既把刑法中所实际包含的文化规范（国家道义）的价值内容纳入犯罪构成的理论视野中，又肯定法益侵害的结果蕴含的不法价值，使二者相得益彰，更有利于在定罪中进行无价值评判。

（4）我国刑法中明确规定了一些行为无价值和结果无价值的内容，即行为的样态、方式和危害结果等，不像日本刑法典很多条款中都没有规定结果无价值的内容，所以不得不借助于可罚的违法性评判，以补全其行为无价值与结果

---

① ［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2002年版，第99页。

无价值的内容。以盗窃罪为例。我国刑法第264条规定“盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的”，构成盗窃罪，其行为无价值的内容为“盗窃公私财物”、“多次盗窃”，结果无价值内容为“数额较大”；而日本刑法典第235条规定：“窃取他人的财物的，是盗窃罪。”其中并无结果无价值内容，有必要在进行可罚的违法性判断时予以补充。因此，在我国认定盗窃罪应直接依据犯罪构成进行行为无价值与结果无价值判断，而无须求助于超刑法规范的可罚性标准。所以，无价值评判应当结合犯罪构成要件来进行。

相应值得关注的问题是：在无价值评判中，综合考虑构成要件符合性与实质违法性是否会因评判者的主观恣意而损害构成要件本来的机能呢？

这涉及无价值评判与犯罪构成之间的关系，下面将进一步论述。

第三节 无价值评判与社会危害性的关系

我国刑法第13条“但书”规定的“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”。这不禁有些耐人寻味。社会危害性本身并不是法律概念，但“危害不大”可以撤销行为的犯罪性，这一点却促使人们追问社会危害性本身的规范质量，即具备什么质量的社会危害性在刑法上才有定义犯罪的功能？

通说理论主张将犯罪的社会危害性限定为“严重的社会危害性”。[①] 也有一些观点试图突破通说理论和我国刑法第13条的规定，如有学者主张使用“应当追究刑事责任程度的社会危害性”来限定犯罪行为的社会危害性，[②] 也有学者主张“将社会危害性的概念逐出注释刑法学领域”，“转换成为法益这一规范的概念”，[③] 但他们在突破过程中却分别遗留了一些理论缺陷。如第一种观点所指的“应当追究刑事责任程度的社会危害性”行为，应当是在进行社会危害性评价、刑事违法性评价和刑罚当罚性评价之后得出的结论，是与犯罪行为相等的概念，以此定义犯罪行为概念不仅是一种重复定义，而且根本没有说出社会危害性的规范质量。再如第二种观点，其用以说明犯罪本质的规范概念即“法益”，“是以刑法评价为前提的，具有规范性。某种行为未经刑法评价，就不存

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社1999年版，第71页。

② 张明楷：《刑法学》（上），法律出版社1997年版，第79页。

③ 陈兴良：《社会危害性理论》，载《法学研究》2000年第1期，第13页。

在法益侵害的问题"，并没有说出"法益"概念在刑法上的重要性。因为经过刑法评价就已经可以认定行为是否构成犯罪，相应再没有另行考虑"法益"的必要。

焦点仍然回到了"社会危害性"概念上面。社会危害性的有无及其程度不仅是"由行为客观上所造成的损害来评价的"，而且"包括行为人的主观要件"，其中包括行为的方式、手段、情节、危害结果、行为人主体特征、主观心理态度等。社会危害性评判"总是与一定的社会政治、经济形势密切相联系的"，"某种行为在一定的社会形势下是有严重的社会危害性的，因而被规定为犯罪；而当形势发生变化，在另一种社会形势下，则丧失其严重的社会危害性而不再作为犯罪"。①

由此可见，社会危害性之所以决定犯罪成立与否，并不是因为其具有刑法上的规范质量，而是其本身在社会中的影响。只有被社会无法容忍的行为，才可能受到刑罚处罚，社会危害性是发动刑罚的前提，也是沟通刑法与社会的桥梁。否定犯罪的社会危害性，就等于拆除了刑法与社会沟通的桥梁；而赋予社会危害性以刑法规范质量，则是封闭了刑法面向社会的窗户。所以，社会危害性在刑法学中的地位无法否认，也无由替代。

但是，既然社会危害性存在于社会之中，就应当以社会的标准加以评判，刑法规范标准并不能取代社会标准用以认识犯罪的社会本质特征。不仅如此，而且刑法规范作为"规定在法律中的规范（规范文本）并非最终个案裁判基准的规范（裁判规范），前者只是法官形成后者的出发点而已。裁判本身不得抵触规范文本；换言之，规范文本是具体化规范的界限"②。法官在进行法律论证、裁判的过程中，并不是机械地使用刑法规范，而是将抽象的规范具体地应用于某种情况，以确定危害行为是否符合抽象的犯罪构成，是一个进行价值判断的过程。所以，刑法规范只有在判断危害行为是否合价值时才转化为裁判规范。

对于有严重社会危害性的行为，只有经过合理的司法论证被评价为刑法上无价值的行为才能进一步考虑是否承担刑事责任、是否予以刑罚处罚的问题。否则，根据罪刑法定原则，即使该行为具有严重的社会危害性，但在刑法上没有处罚根据，也不能认定为无价值的行为。

---

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社 1999 年版，第73～74 页。

② ［德］K. 拉恩兹：《法学方法论》，陈爱娥译，五南图书出版公司 2001 年版，第 14 页。

具有严重的社会危害性，虽然在定罪中不可或缺，但也不能代替刑法标准，其存在于具体的社会之中，有具体的质、量上的规定性，而没有抽象的、规范的性格，以之作为定罪的标准只会造成定罪的多变和不确定。

作为具体的社会危害性和作为抽象的刑法规范不能互相替代，二者是相对独立的。无价值判断是依据抽象的刑法规范对具体的社会危害行为所进行的具体判断，违反刑法规范的行为是无价值的行为，而不违反刑法规范的行为则是合价值的行为。

除了上述联系以外，无价值评判与社会危害性的区别还可以归纳如下：

（1）规范质量上的差别。社会危害性存在于社会之中并作用于社会，是一种客观实在，人们可以感受、认识和评价，也可以对其作出一定的反应，或者报复，或者私设公堂，或者建议予以立法规制，或者诉诸司法机关，但无论如何都只是存在于社会的反应，并非刑法的评价，并无刑法的规范质量。在定罪意义上，社会危害性是以事实形态出现的，有社会危害性的行为是刑法评价的对象，社会危害性[1]不可能同时又是刑法评价的标准，所以不可能具有刑法的规范性格。如果在定罪上赋予社会危害性一种规范质量，则会以一种不确定的标准否定刑法规范的确定标准，从而影响罪刑法定原则在定罪中彻底实现。在刑法中，定罪的标准应该是犯罪构成，其中作为实质内容的无价值评判就是以规范为标准对有社会危害性的行为所进行的具体裁判。

（2）评价标准不同。社会危害性评价是一种社会认识，在立法、司法中进行社会危害性评价时，必须从社会公众的角度出发，依据政治、经济、文化等多重标准对行为进行评价，这种评价是一种社会评价。社会危害性评价的意义在于贯彻“以事实为根据”的指导原则，在综合证据事实的基础上客观考虑社会的反应，而不是主观臆断、妄下结论。无价值评判则不同，其评价主体为法官，其评判标准为刑法规范，必须考虑法益权衡、刑法目的等规范内容，受到犯罪构成形式要件的制约，一般不受社会公众心理的支配，且因评判活动的技术性和可操作性而不可避免地受到法官本人素养、阶级意识乃至个人情感的影响。

回到我国刑法第13条“但书”中，可以得出结论：并非“情节显著轻微

① “社会危害性”有立法上与司法上的含义之分，前者经过立法考虑后就具有了规范意味，变成了某种刑法上的无价值内容，体现了立法目的，这时就不应该再称为“社会危害性”，而应为规范价值内容。所以，“社会危害性”一般是指司法中考虑的作为具体事实中的社会危害性。

危害不大”本身撤销了行为的犯罪性，而是因为该行为社会危害性不大以致没有刑法上的无价值性，故而不构成犯罪。

第四节　无价值评判与犯罪构成的关系

“犯罪构成是确定刑事责任的根据的判断标准，这就是说，犯罪构成本身并不能直接成为刑事责任的根据，它只是为建立这种根据提供了一个法律上的标准，而行为符合犯罪构成才是刑事责任的根据，并且是惟一根据。”① 这一精辟的论断不仅指出了犯罪构成与刑事责任的关系，而且从中我们可以揭示无价值评判与犯罪构成的关系。

在认定行为符合犯罪构成的过程中，实际上一直进行着行为无价值和结果无价值的评价，最终的结论便是该行为是否符合犯罪构成，进而判定是否构成犯罪。犯罪构成与无价值评判的联系主要表现在以下几个方面：

（1）犯罪构成中包含有无价值内容。犯罪构成中一般有两个重要的构成要件要素：一个是行为，另一个是结果。以诈骗罪为例。我国刑法第266条规定“诈骗公私财物，数额较大的”构成诈骗罪，其行为要素为“诈骗公私财物”，结果要素是“数额较大”，行为人一旦实施了“诈骗公私财物”的行为，就具备了行为无价值；诈骗达到“数额较大”标准，就具备了结果无价值。“行为人以其行为承担无价值时”，就是行为无价值，而“其行为将无价值作用于他人时”就是结果无价值，② 所有犯罪构成都以这两个方面来构建犯罪的无价值内容。

（2）行为无价值与结果无价值一般依托于犯罪构成。“通常只能在一个确定的构成要件视野中谈及行为无价值和结果无价值，也只在确定的正当化事由中谈及行为价值和结果价值。”“一个行为只在表现为刑事不法时，即在刑法构成要件中得以规定时，才是刑事违法的”；反之，如果构成要件中并无规定，该行为可能损害了规范，但并非刑法中的行为无价值。行为无价值与结果无价值是否具有犯罪构成上的意义，主要取决于构成要件是否有相应的规定。③ 犯罪

① 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第84页。

② Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift fuer Rittler, 1957, S. 142.

③ Stratenwerth: Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift fuer Schaffstein, 1975, S. 180.

构成是无价值评判的标准，“很多我们以往认为只须以单纯涵摄的方法，将已经确定的案件事实，归属到先经必要解释的法律规范的构成要件之下，即可解决的案件，事实上，当我们将该（符合）案件事实理解为法律构成要件所指的事实时，已经带有价值判断的性质，或者其本身已经是一种有评价性质的归类行为”①。依犯罪构成对案件事实进行归类，实际上就是运用犯罪构成进行无价值评判的过程，评判的终点最后仍然回到犯罪构成上面，得出结论：行为是否符合犯罪构成。危害行为具备了刑法上的行为无价值和结果无价值，就可以认定其符合犯罪构成。

（3）无价值评判与犯罪构成是手段与目的的关系。从行为无价值与结果无价值两方面进行的评价有利于机能性②地制定和运用犯罪构成。行为无价值重在对行为的方式、样态予以规定，如抢劫罪的行为不同于盗窃罪的行为，立法上对此类犯罪的行为方式、样态应予以明确规定，将行为手段作为构成要件要素，相应地在运用犯罪构成时也应注意行为的方式和样态；结果无价值重在限定结果的范围，立法上对侧重结果无价值的犯罪就应明确规定其结果要素，在司法解释时更不应含糊其辞。侧重行为无价值的犯罪，其行为要素必须明确，而危害结果可以模糊，如一般的行为犯和情节犯；而侧重结果无价值的犯罪，则结果要素必须明确，而行为要素则可以使用比较模糊的概念，如交通肇事罪。

---

① ［德］K.拉恩兹：《法学方法论》，陈爱娥译，五南图书出版公司2001年版，第2页。

② “机能”是一个生理学概念，《新华词典》中的解释为：“生物体各种器官所起的作用”（《新华词典》，商务印书馆1980年版，第381页）。收词全面的电脑软件《金山词霸》中有两个解释：（1）“泛指系统中某一部分应有的作用和能力”；（2）“细胞组织或器官的作用和活动能力”（《汉语大词典》）。“机能”概念在现代哲学和心理学上使用也非常普遍，如德国哲学家卢曼等编《哲学史词典》对“机能”的解释为：“在有助于维持社会系统的观点之下的种种功效”（［德］雅科布斯：《行为、责任、刑法》，冯军译，中国政法大学出版社1997年版，第102页）；美国19世纪末20世纪初出现了机能主义心理学，他们主张：“心理学的研究对象是具有适应性的心理活动，强调意识活动在人类的需要与环境之间起重要的中介作用”（郭卜乐：《机能主义心理学派》，载《今日心理》http://www.cptoday.net）。当代德国刑法学上也出现了机能主义刑法学，他们所理解的“机能”是“一个系统——单独或者与其他事物共同——具有的功效。功效所涉及的，在这里是刑法的全体”，“刑罚不只是一种维持社会同一性的工具，而已经是这种维持本身”（［德］雅科布斯：《行为、责任、刑法》，冯军译，中国政法大学出版社1997年版，第102~103页）。总而言之，“机能”是在一个有机的系统中某组件所具有的功效；本书所指的“机能”是指刑法中的无价值评判存在于有机的社会系统中并对这一系统所发生的积极作用，包括预防犯罪、制裁犯罪、保护人权和自由等，因为不同规范有不同的功能，富有机能的无价值评判是与社会的积极要求相适应的，为了实现刑法在有机社会中的积极作用，就有必要根据一定目的和标准在立法上进行选择。

行为无价值与结果无价值代表两种不同的价值取向，站在各自角度所理解的犯罪构成是不同的，这种片面的理论视野实际上对刑法学理论的发展、完善起到了很大的促进作用。换言之，行为无价值与结果无价值只是考察犯罪构成的方法，根据实际情况的不同所选用的方法也应有所区别，应当考虑选择何种方法有助于合理地运用犯罪构成，如行为无价值视野中的犯罪构成应具备规诫作用，结果无价值视野中的犯罪构成则应具备惩罚的功能，相应对犯罪构成所采取的运用方法和立场都应有所不同。

上述密切联系并不意味着无价值评判与犯罪构成要件符合性可以融为一体，因为：

（1）二者在内容上存在区别。犯罪构成是刑法规定的成立犯罪所必需的主观要件与客观要件的有机统一整体，是一个抽象的理论框架，具有法定性，表现为认定犯罪的标准，表明了立法的意图；而无价值评判则是对具体犯罪行为的评价过程，其内容包括判断其主观上是否具有某种志向无价值、行为是否违反了客观义务、给社会关系所造成的侵害或威胁是什么、行为人人格表现如何等，刑法规范在无价值评判中转化为具体的义务，成为具体判断的标准。除了规范内容之外，二者在内容上的区别还涉及社会危害性。犯罪构成中虽包含社会危害性的内容，但其已通过立法的形式反映在各构成要件之中，是抽象的社会危害性；而无价值判断所考察的社会危害性则是具体的，其评判结果不仅受到社会、政治、经济、文化多方面因素影响，而且也带有评判者个人的好恶。无价值评判是将这种带有社会危害性的行为事实与义务规范、法律规范相结合，是抽象转化为具体的过程。

（2）二者在性质上存在区别。德、日刑法理论上一般所指的构成要件符合性是形式的、类型的判断；而无价值评判是实质的判断。“在构成要件的解释中，考虑实质的违法性，一般化地进行可罚性的评价，就会因解释者的恣意，在构成要件符合性的存否问题上得出种种不同的结论，有损害构成要件的本来的机能的危险。”① 无价值判断中必须进行危害性和违法性程度分析，涉及利益权衡、社会影响、合目的性考察等具体分析，这与形式的、类型的判断是有所区别的。以盗窃罪为例。虽然行为人盗窃行为已达 3 次，表面上似乎符合已犯

① ［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 123 页。

罪构成，但其盗窃数额明显较小，3 次盗窃总额不足 10 元且情节显著轻微，显然没有动用刑罚的必要。[①] 由此可见，仅根据犯罪构成进行分析而不考虑无价值内容是不够的。无价值评判是在危害行为表面上似乎符合犯罪构成的要件之后所进行的价值评判，其价值依据是犯罪构成的实质根据，如刑法所保护的社会关系性质、刑法目的、犯罪构成的文化规范等。危害行为实质上符合犯罪构成，才可以进一步考虑追究刑事责任。因此，无价值判断是对犯罪构成符合性的进一步判断，我国犯罪构成“应当具备说明某种行为是否具有达到成立犯罪程度的社会危害性的功能”，[②] 所以，犯罪构成符合性判断除了形式化、类型化判断之外，还应包括实质判断，相应无价值评判就应属于这种实质判断。这仍表明，无价值评判应属犯罪构成内部的判断，而无须依据超刑法规范的标准。

（3）二者对成立犯罪的作用不同。犯罪构成对犯罪的成立起决定作用，危害行为是否成立犯罪，最终看其是否符合犯罪构成，即使是行为无价值与结果无价值评判，也离不开犯罪构成。“通过将其纳入犯罪构成，结果无价值或行为无价值就变成了结果不法或行为不法。”[③] 结果无价值与行为无价值只是对犯罪构成展开研究的方法，虽然有助于揭示犯罪的实质特征，有助于揭示刑法目的和价值内涵，但是对定罪而言只能起到说明作用，而并非决定作用。我国刑法以符合犯罪构成作为追究刑事责任的惟一根据，对危害行为的价值判断、实质评价最终应回到犯罪构成符合性上面，这才是有意义的。德、日刑法理论体系人为地将构成要件分成客观违法要件和主观责任要件，在构成要件符合性判断之后还进行一般的违法性评价和个别的有责性评价，其最终也没有脱离犯罪构成的理论范围。[④] 而且，德、日刑法理论中的这一体系容易给人一种误解，即认为一般的违法性评判和个别的有责性评价可在超刑法的规范中寻找标准。

有必要补充研究的问题一个是：如何认识开放的构成要件？

威尔哲尔提出了开放的构成要件概念（Oftener Tatbestand）。开放的构成要件是指刑罚法规，所表示的只是构成要件的一部分，剩下的空白部分需要留待法官适用时加以补充。[⑤] 此类要件除过失犯的注意义务、不作为犯的作为义务

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下），中国法制出版社 1999 年版，第 899 页。

② 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 69 页。

③ ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 296 页。

④ Mayer, Strafrecht AT, Aufl. 1923, S. 8.

⑤ ［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 54 页。

之外，威尔哲尔还特地提到了一些“真正”的含价值内容的构成要件要素，所有这些空白的概念都由其他规范，其中包括超法规的规范，如社会伦理规范来补充。①

这种开放的构成要件是否意味着在违法性评判中应在超刑法的规范中寻找标准呢?

笔者认为，开放构成要件的出现与刑法作为保障法的地位是分不开的。“刑法在根本上与其说是一种特别法，还不如说是其他一切法律的制裁力量。”② 在社会中，其他法律措施能够防止的危害行为，一般不需要动用刑罚；只有其他法律措施或者道德规范无法制止的危害行为，才需要动用刑罚。惩罚犯罪是“确证了法律的效力”，“刑罚不过是否定的否定”。③

鉴于这种地位，刑法必须以承认其他法律规范或社会伦理规范的效力为前提，并在必要的时候赋予这种规范效力以一种强制力，这样才能保障其他规范的实施。易言之，虽然刑法是一门独立的部门法，其中有些内容不可能通过刑法规范本身表达出来，而只能采取空白罪状的形式，以其他规范的内容来加以补充。这时，空白罪状中所参见的规范内容实际上已纳入构成要件之中，只不过出于立法经济性要求或出于其他立法技术的考虑而没有在刑法规范中明确规定而已。相应认定犯罪时所适用的非刑法规范是已被刑法化的条款，并非一般的超刑法规范，所以其仍属于构成要件的内容。

所以，在存在开放性构成要件中所进行的无价值评判仍应理解为是在犯罪构成内部所进行的评价，并没有求助其他非刑法的依据。

另一个问题是：排除犯罪性行为是否以犯罪构成为标准来认定?

对于排除犯罪性行为的性质，我国刑法理论上有不同的观点，有的认为是“犯罪阻却事由”，有的认为是“排除社会危害性行为”，有的认为是“合法损害行为”；德、日刑法理论上观点也不一致，或者称“违法阻却事由”，或者称“正当化事由”，或者称“合法化事由”等，概言之，有两种不同观点：

（1）排除犯罪性行为没有社会危害性，故而虽“形式上符合犯罪构成”，

---

① Welzel, Zitiert von Diethart Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 93 ~ 94.

② ［法］卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 1963 年版，第 63 页。

③ ［德］黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1961 年版，第 100 页。

也不构成犯罪。这是我国通说的观点。[1]

（2）之所以排除行为的犯罪性，是因为存在相应地允许条款，这种允许条款所建立的消极构成要件阻却了违法性。[2]

依据第二种观点，犯罪构成之外尚存一个消极构成要件，排除犯罪性行为同时符合犯罪构成和消极构成要件，消极构成要件阻却了违法。这意味着排除犯罪性行为的标准存在于犯罪构成之外。但是，既然犯罪构成与消极构成要件同时符合，为什么消极构成要件能够阻却犯罪性，是消极构成要件的效力高于犯罪构成的效力吗？这是否意味着：规定消极构成要件的规范（如拳击运动规则、安乐死等相关规定）的法律效力高过作为刑法的法律效力呢？显然，承认消极构成要件具有高于犯罪构成的法律效力在法律逻辑上说不过去，但是既然危害行为符合了刑法规定的犯罪构成，如果不是效力更高的法典（如宪法），就不可能轻易排除其犯罪性。所以，第二种观点没有给出合理的解释。

犯罪构成是判断行为是否具有犯罪性的标准，同样也是认定排除犯罪性行为的标准。

第一种观点认为，“没有社会危害性”能够排除行为的犯罪性。如果“社会危害性”是在犯罪构成的实质意义上讲的，那么该观点是正确的。否则，脱离犯罪构成，单纯的“社会危害性”标准无法解释某些排除犯罪性行为的性质，如紧急避险。排除犯罪性行为只是表面上符合了犯罪构成的要件，但并不具备其无价值内容，实际上并未符合犯罪构成。所以，排除行为犯罪性的标准应该是犯罪构成中的行为无价值与结果无价值。

第五节　我国刑法理论中研究无价值评判的意义

经过上述分析，可以看出，在我国刑法理论中研究无价值评判有以下意义：

（1）有利于正确认识犯罪构成。我国刑法理论中的犯罪构成不同于德、日刑法理论中的构成要件，后者是一种形式的犯罪类型，而我国的犯罪构成则是“刑法规定的，决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所

---

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社1999年版，第230页。

② Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift fuer Rittler, 1957, S. 156; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale Aufl. 1959, S. 173; Roxin, Offene Tatbestände, ZStW, 74, S. 537.

必须具备的一切客观要件和主观要件的有机统一的整体"①，是形式和实质的统一体。遗憾的是，这种形式、实质统一的犯罪构成概念在解释论中并没有一以贯之得以坚持，理论上解释具体问题时往往仅从形式上理解犯罪构成。以犯罪客体为例看，理论上有解释为"法益"的，也有解释为"刑法所保护的社会关系"的，虽认为犯罪客体反映了犯罪的社会危害性，但只要该概念仍然停留于法律规定层面上，其反映的社会危害性也就只是立法上的社会危害性，而未表达出犯罪对犯罪客体的事实性的侵害程度，不可能表达出社会危害性的现实、实质的含义。再如犯罪客观要件，理论上无论是解释为"刑法规定的构成犯罪在客观上所必须具备的条件"②，抑或解释为"刑法规定的，说明行为对刑法所保护的合法权益的侵犯性，而为成立犯罪所必须具备的客观事实特征"③，如果仅从刑法规定来理解犯罪的客观要件，也只能是一种形式的要件。

我国的犯罪构成既具有形式的要件，也具有实质的内容，这种内容如果不进行无价值评判，而仅停留于构成要件要素的概念解说上，是无论如何都不会全面的。没有对犯罪构成的实质评判，那么我们对犯罪构成的认识就可能只停留于形式判断上。

（2）有利于维护我国犯罪构成的理论地位。因为传统理论中没有揭示出犯罪构成的实质内容，即无价值内容，所以，理论上对"犯罪构成为追究刑事责任的惟一根据"这一命题颇有非议，或者批评这种定罪模式缺乏立体感，或者在犯罪构成之外探讨认定罪与非罪的标准，或者认为放弃现有犯罪构成理论体系转而采用德、日三元的定罪模式是刑法现代化的趋势，或者主张干脆放弃犯罪构成的实质内容而以形式的构成要件作为认定犯罪的依据等。只有承认无价值评判，还给犯罪构成以其应有的实质内容，我国的犯罪构成才会恢复其本来的立体结构，与德、日犯罪论体系相比较不仅毫不逊色，而且还会因其理论明快、便于操作而更具魅力。

（3）有利于正确运用犯罪构成进行定罪。犯罪构成中有所谓开放的构成要件，有所谓规范的构成要件要素，这些都需要评价，"即使是记叙性要素、客观性要素，其表现就不得不是抽象的，因而，为了明确其意义，一般需要一定的

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社1999年版，第86页。

② 同①，第120页。

③ 张明楷：《刑法学》（上），法律出版社1997年版，第126页。

解释"[①]。将抽象的构成要件应用于具体的案件之中，如"故意杀人"这一规定中对犯罪对象"人"的概念应当如何理解，其是否包括具体情况下的尸体或者草人，就需要结合行为无价值与结果无价值进行判断。而开放的构成要件因涉及参照其他规范，所以进行无价值评判更具有重要意义，如未带驾驶证开车与酒后开车同属违反交通管理法规的行为，但二者在刑法上的重要性不一样，前者一般不会构成交通肇事罪，而后者则可以成为交通肇事罪的成立条件。因为未带驾驶证开车并未违反刑法中所要求的客观注意义务，不具备行为无价值，而酒后开车则违反了刑法的决定规范，具备了行为无价值。再如规范的构成要件要素，如"淫秽物品"、"住宅"、"危险"等概念，因其具有规范内容，对其认定"就不仅需要智慧，而且需要具有价值感的认识态度"[②]。

（4）有利于厘清社会危害性与刑事违法性的界限。犯罪实质特征与法律特征之间关系纠缠不清由来已久，理论态度也各个不同，要么以社会危害性无规范质量为由主张将其逐出刑法学的领域，要么硬性赋予社会危害性以刑法的规范质量而使之与犯罪的法律特征更难区分。无价值评判——通过依据刑法规范对具体危害行为所进行的评价——相当于在社会危害性与刑事违法性之间架起了"桥梁"，而这种"桥梁"作用使二者的界限变得更为清晰，尤其是社会危害性与刑事违法性发生冲突时，无价值评判可以协调其各自的机能差异，使之不仅不会因机能差异而互相排斥，反而会相得益彰。当行为有严重社会危害性而无刑事违法性时，经过无价值评判，就会发现立法的缺陷，进而可以按照社会危害性的要求指导立法；反之，当行为有刑事违法性而无严重社会危害性时，经过无价值评判，就会因该行为的无价值（Unwert）程度较小或根本不存在而对其不予定罪。这种情况下，就不能以刑法中的形式合理性优于实质合理性为由而否认社会危害性在定罪中的意义。

除了上述所指的诸方面意义之外，因定罪是运用犯罪构成的过程，其中主观罪过的认定，原因自由行为、间接正犯等疑难问题的解决，排除犯罪性行为的认定，未遂犯、共同犯罪的认定等都涉及行为无价值和结果无价值的评判，本书后面还会具体讨论这些问题，这里就不再赘述。

---

① ［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第53页。

② Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Zitiert von Zielinski, Diethart: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 94.

小 结

在结果无价值论发展到行为无价值论的同时，法学方法论上出现了从利益法学向评价法学的转变。

利益法学的出现标志着概念法学的地位已经土崩瓦解，法学解释不需要再从纯粹的法律概念中演绎出法律命题，更不需要通过概念的创造力交配、繁殖一些陌生的新概念，从而构筑一个不食人间烟火的、形式完美但内容空洞的概念金字塔，而开始着眼于现实利益的考量和评价。在利益法学的视野中，法官“应摆脱逻辑的机械规则之束缚，而探求立法者于制定法律时衡量各种利益所为之取舍，设立法者本身对各种利益业已衡量，而加以取舍”①。利益被理解为生活需要、要求、期待、地位等或具体或抽象的东西，既是立法的根据，又是司法中价值评判的标准。

在利益法学中，一切以利益衡量为准则，要求法官在评价时排除个人的主观影响、达到非人化的理想境界，在“利益衡量”时“宜自‘外行人’之立场为之，始能切合社会需要”②。

表现在刑法理论上，着眼于利益衡量所进行的无价值评判，无疑是结果无价值。

利益法学在西方法学理论上也受到了批判。如有人主张：“正确地对待‘利益情况’以认识法律的目的为前提，因为不顾及法律的目的，也许能决定实际上涉及何种利益，但其实不能决定何种利益应被优先照顾。”③ 刑法中的结果无价值论也是如此，因为该理论仅以法益侵害作为不法根据，但又无法真正地脱离法律目的和精神而实现利益权衡，最后不得不纠缠于“法益”概念的争论之中。如为了保护自己的高级小轿车而毁坏价值低廉的抢险救灾物质，虽然被损坏的利益从物质上小于被救助的利益，但也是不可能被评价为合价值的。

正因为如此，刑法学中才产生了一派有力的反对理论，这就是行为无价值

---

① 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 175 页。

② 同①，第 179 页。

③ 坎托罗维奇语。[德] 阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社 2002 年版，第 168 页。

论。

法学理论上取代利益法学的是评价法学。他们认为，“除了被评价的个人利益或团体利益之外，立法者尚须考虑一般的秩序观点、交易上的需要及法安定性的要求。”“立法者如何评价不同的利益、需要，其赋予何者优先地位，凡此种种都落实在他的规定中，亦均可透过其规定，以及参与立法程序之人的言论，而得以认识。”① 评价法学承认了秩序的价值或者规范精神的价值，相应对危害行为的评价就不仅应依据利益标准进行结果无价值的判断，还应根据规范精神和内容进行行为无价值的评判。

马克思主义认为，“‘价值’这个普遍的概念是从人们对待满足他们需要的外界物的关系中产生的”②。与价值概念相对应，价值判断“在根本上是对一种意动倾向的表达，对需要的表达”③。在这种需要关系中，人们对于法律的需要，不仅包括法律所保护的利益，而且包括秩序、安全、公正、自由等抽象的价值。在无价值评判中也是如此，犯罪行为不仅侵犯了生活利益，而且破坏了人们对秩序、安全等的预期；如果说前者是通过危害性结果表现出来的话，那么后者就是在行为的反社会性、反规范性中体现出来，这样就表现为刑法上的行为无价值和结果无价值。

因此，正如评价法学取代利益法学具有一定的必然性一样，行为无价值论出现于结果无价值论的对立面并形成理论上的对峙也是必然的。

---

① ［德］K. 拉恩兹：《法学方法论》，陈爱娥译，五南图书出版公司 2001 年版，第 2 页。

② 《马克思恩格斯全集》（第 1 卷），人民出版社 1972 年版，第 19 页。

③ ［英］W. D. 拉蒙特：《价值判断》，马俊峰等译，中国人民大学出版社 1992 年版，第 24 页。

第二章

行为无价值论与结果无价值论的沿革

行为无价值论与结果无价值论是客观不法理论取代主观不法理论以后所形成的理论对立，虽然是客观不法理论内部的对立，但多少保留了一些主观不法理论与客观不法理论之间争论的内容。下面首先从主观不法理论与客观不法理论之间的争论谈起，对行为无价值论与结果无价值论的理论发展进行一些回顾。

第一节　早期的不法理论

一、客观不法理论与主观不法理论之争

主观不法理论滥觞于黑格尔的法哲学。他认为，“自在的法即普遍的意志，作为本质上被特殊意志所规定的东西”，而不法是“违反它的特殊意志是作为不慎的东西而被扬弃的”①，犯罪的“不法行为就是侵犯我的自由在外在物中的定在的暴力”②。那么相应地，法就是可以强制人们遵守的法，它是通过对理性人的自由意志进行强制而迂回实现的。即是说，只有有自由意志能力的人，才能成为法强制的对象，才能构成不法。

明确提出主观不法概念的是德国学者迈克尔（Adolt Merkel)。他于 1867 年发表了《可罚的不法与民事不法之间的关系》一文，在体系上没有区分不法与责任。迈克尔认为，不法主要是损害了作为精神力量的法，只有那些“与人的

① ［德］黑格尔:《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1961 年版，第 91 ~92 页。

② 同①，第 97 页。



智识”相关的事件才能够构成不法。[①]

同年，德国另一个学者耶林提出客观不法理论。虽然如此，但他仍承认，法应为统治人的精神力量，即所谓的“作为侵害之客体的法”并不是被行为所损害的对象，而通常只是一个统治者统治和告诫个体意志的精神上的地位（Position）。所以，他的理论并不是彻底的客观不法理论。

托恩（Thon）也持客观不法理论，他将法与命令相区别开来论述。他认为，法规范并不是个体的意图，而是确定积极评价的状态。如果不符合法目的，则命令在客观上就被损坏了。这里存在两个评价层次：客观的不法是指与客观的、被法积极评价的外在状态的对立，而责任则是不履行主观的义务。科尔奥希（Kohlrausch）也主张归责能力（Zurechungsfaehigkeit）只是作为界定被命令者范围的适宜标准，不法是“对合法状态的损害”，且“导致与法相对立的状态”[②]。

遗憾的是，该理论虽区分了法规范和命令，但无归责能力的人在他的理论中仍然是不法评价的对象，无灵魂的生物也未被排除在外。

费尼克（Hold. V. Fereck）批驳了上述客观不法理论。他提出只有行为才是违法的，结果对法律而言根本没有意义。他认为，“法律以禁止行为为目标，以防止其导致危害结果”，“结果本身并不违法，被禁止的不是结果而是行为，法律不能禁止结果，因为行为并不是其惟一的原因”[③]。

那格拉（Nagler）对费尼克的观点提出质疑：“法秩序的评价应当为防止行为结果戛然而止吗？”他认为，“偶然事件能够导致法秩序的违反且能加以恢复”，因为“人们并不能忽视：即使是未根植于人行为中的事件也可能被法律评价。”这样，“违法状态的观点就完全符合我们积极法的立场”。人与盲目自然法则所偶然引起的因果事实是不同的，这对法律评价而言起决定作用，其在评价关系中的地位也是值得研究的。[④]

戈德斯密特（Goldschmidt）与托恩一样，虽坚持客观的违法论，但其理论另一支点却是命令理论（Imperativentheorie）。他认为，具体的事态如果处于抽象规范之下，就自动地产生作为命令的“法义务”，不法就是对命令的“拒

① Merkel, Zitiert von Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 17 ~ 18.

② Vgl, Zielinski, a. a. O. S. 17 ~ 18.

③ Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 20.

④ Vgl, Zielinski, a. a. O. S. 21.



绝”。“对这种‘义务化’而言，婴儿与成年人之间或者是无归责能力者与有犯罪能力者之间事实上并无区别。”[①] 戈德斯密特认为，这只是第一规范，即客观的规范，此外还存在第二规范，即“责成个人设置其内在的行为，目的是能够适应法规范对其外在行为所提出的要求”[②]。既然法规范对结果的禁止或命令奠定了客观不法，则义务规范对合法动机的命令就奠定了责任的基础。在这一理论中，不法与责任并无联系，因为这两个规范中任意一个规范即使是偶然被违反，也成立不法或责任，即对结果的引起是客观的不法，对义务的违反是（主观的）责任。[③]

对于费尼克的观点，“因为人的行为只在纯粹的事实关系之外触及其法律关系时才具有法律相关性，所以费尼克的不法概念就直接与人的价值支配的动机能力相关。从这个标准看，对行为与行为的反价值性进行区分当然就没有可能性；就是说，不法与责任是同一概念。不法概念失去其功能”。因此，对上述包括费尼克的观点在内的主观不法理论而言，他们不可避免地将不法“限定于有责任能力者的狭窄受法者的范围内”。相对而言，“无责任能力者因无自动遵守规范的义务而不能有意义地赋予义务，所以被置于无法无天的空间”[④]。

在托恩和戈德斯密特的理论中，不法与责任彼此孤立，这实际上影响了不法的成立，因为在一些需要考虑主观不法要素的犯罪中，这种孤立是不可想像的。如兹威尔特斯（Sieverts）对戈德斯密特提出批评：“以目的犯为例。如果欲将主观超过要素当做违法性要件，那么法规范的效力就必须既要作用于外在行为，还要深入内心之中，即进入义务规范的领域。”更为致命的是，正如齐林斯科所提出的：“在托恩和戈德斯密特的理论中，作为关系主体的人进入责任论才显露出来；但是，作为损害法定的利益状况的不法是由人操作实施的，至少是可操作的。”“不法与责任的关系及不法概念的体系功能在这种构造中注定就不会清楚。”[⑤]

主观不法理论自麦兹格提出主观不法要素以后在德国刑法理论中就基本上不再被人主张。

---

① Armin Kaufmann. Zitiert von Zielinski, a. a. O. S. 22.
② 同①。
③ Goldschmidt, Zitiert von Zielinski, a. a. O. S. 23.
④ 同③。
⑤ Vgl, Zielinski, a. a. O. S. 24.

二、基尔学派理论

20世纪30年代德国又出现了一种有责的不法理论，理论上称为基尔学派（Kiel Schmle），其代表人物为夏夫斯泰因（Schaffstein）和达姆（Dahm）。

基尔学派与以前的不法理论相比较，有以下特点：

（1）不法本质。基尔学派认为不法的本质是对法益侵害；而主观不法理论则认为不法的本质是对法的不服从，即对命令的拒绝，其否定了结果在法律上的意义。这一点客观不法理论与基尔学派的观点一致。

（2）不法评价的对象。基尔学派认为不法评价的对象是行为。主观不法理论一般认为是"人的意志"，只有费尼克认为是行为；而客观不法理论则认为是一种事实状态。

（3）不法的评价标准。基尔学派认为不法的评价标准是伦理秩序，如"法更重要的是保障共同体本身的伦理一致性。因此，刑事不法在于对伦理秩序的否定，是受道义非难的行为，是对责任的不服从，简言之是义务的违反"①。主观不法理论认为不法的评价标准是作为精神力量的法，而客观不法理论则认为其评价标准是客观抽象的规范。

（4）无价值评判。基尔学派主张定罪应综合考虑行为无价值与结果无价值的内容。主观不法理论只承认志向无价值，而客观不法理论则主张结果无价值或事态无价值。

按照基尔学派的观点，不法与责任在体系上应予统一。当然，这种观点因为一直没有能够证实其正确性，从而没有足够的能力取代德国通说的犯罪论体系以获得广泛的赞同。

第二节　古典的不法理论

一、纯粹的客观不法理论

纯粹的客观不法理论以自然的因果关系为出发点，认为不法是对法益侵害

① Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 3.

结果的引起，如“任何一种犯罪均以某种结果为前提”。“行为的概念及要求在社会外界产生某种改变（即使是暂时的），这种改变可以是对人、对物或对事态，我们称这种改变为结果。”①

古典的不法理论有三个主要观点：

（1）行为只在引起法益侵害结果的因果关系中才具有意义。

（2）机械地认为不法是客观的，责任是主观的。

（3）坚持客观的无价值标准，否认不法评价中的主观认知、价值评判过程，否认规范的内在价值和评价中的伦理规范。

基于因果行为论和客观的不法理论，古典的不法理论认为，犯罪只能发生在一个受因果法则所支配的法益损害的行为事实之中，行为只作为引起法秩序所没有遏制的结果的原因，而行为的主观内容、方式、种类和人的不法特征等与结果没有直接关系的因素均排斥在不法思考之外。

纯粹的客观不法理论是以戈德斯密特和李斯特为代表的。其理论受到了来自不同角度的批评。

目的行为论者威尔哲尔指出，犯罪完全没有考虑人的要素，只是置于机械的因果概念中被“干巴巴的因果链条”连接成一个“无血肉的关系”。

麦兹格也提出了批评，他说：“因果关系中的结果在多大程度上是行为认识和意志的内容，在纯粹的客观不法中并不清楚；因为如果确定一个行为只是肯定行为人的有意性就足够的话，那么他到底意欲什么，实际上就没有分别。”②

二、修正的客观不法理论

鉴于纯粹客观不法理论的缺陷，客观不法理论阵营中出现了一些修正的观点。齐默尔（Zimmerl）区分了蓄意犯罪与一般犯罪。他认为，蓄意犯罪中，故意属于不法内容，其他情况则不然。贝林格否认主观不法要素，仅承认主观要素是不法的“主观条件”。奥勒尔（Oehler）提出以“客观的目的要素”来解释主观方面的问题，并坚持认为，法律只是用以对法益的外在保护，而不是防止志向的堕落。兹菲尔特（Sievert）则把主观要素解释为“客观危险性的证

① ［德］李斯特、施密特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第179～180页。

② Vgl, Zielinski: Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 27.



据”。诺瓦科斯克为了否定主观不法要素，甚至提出“无不法的责任”理论来解释目的犯与未遂犯中的意志因素。

麦兹格是修正的客观不法理论的代表，也是德国结果无价值论的代表，其不法理论思想主要有以下几点：

（1）不法在原则上是客观的。主观不法要素只是在特定例外情况下被当做缺乏客观不法前提条件的“主观替代品”，是一种“真正的主观构成要件要素”,[①] 包括目的犯之目的、倾向犯之内心倾向和表现犯之内心历程。这种主观不法要素给外表价值中立的行为赋予了不法特征。

（2）不法中有两个选择性条件：第一，引起规范所禁止的结果；第二，实施了由意志决定的、指向结果的行为。在未遂犯中，虽未出现“引起结果的因果关系”，但存在指向结果的行为决意，在这种情况下，行为决意就是不法要素；在既遂犯中，具备了“引起结果的因果关系”，就不需要考虑行为决意，那么行为决意就不是不法要素。换言之，行为决意在未遂犯也仅仅是客观结果的“主观替代品”。

（3）认为故意不是主观不法要素。在麦兹格理论中，故意是意志要素，但更主要的是作为责任的组成部分。“主观不法要素与故意可能就是同一种事实状态。但是不法和故意本身并不因此而变成一体。”[②]

基于这样的思想，麦兹格得出了充满矛盾的不法理论：一方面，他认为不法是客观的，是法益侵害，如“不法是改变法保护的状况或者引起法所不允许的状况，而不是法律所不允许的，对状况的改变”[③]，否定了行为无价值。另一方面，为了将主观不法要素包含于法益侵害之中，他对法益进行了不恰当的扩张。他认为，法益与作用于法益对象的行为之价值判断没有关系，应理解为“法律所保护的利益”，这种利益超出纯粹“利”(Gut) 的界限，而扩张到“行为的每次停顿（Unterbleiben)，该停顿一经发生，即会导致客观的变化”。“人们在每个行为停顿方面都具有一个利益，因为行为的危害性实际上能够通过现

---

① Zielinski：Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 36; Zitiert von Mezger – Blei Studienbuch, S. 103.

② Mezger：Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik. Berlin – München, 1950, S. 27.

③ Mezger, Zitiert von Zielinski：Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 45.

实威胁阶段进入实际的损害之中，所以，这种行为的危害性就显得具有可能性。"① 那么，主观不法要素就因为与行为的停顿具有联系而可以纳入法益侵害的框架之中。

以"行为停顿"来理解法益损害，无非是想以此解释未遂犯的结果无价值，特别是用以解释不能犯的结果无价值。但是，"行为停顿"现象在犯罪过程中经常发生，未必都会导致外界客观变化，而且以此来认定结果，因为为时过早而显得依据不足。由此可见，以"行为停顿"为标准认为结果之发生，是不足为据的。事实上，影响法益侵害的，并非行为停顿，而是行为本身，主观不法要素只有附着于行为时，才能凸显其特质，才能说明其不法的意义。所以，基于主观不法要素理论和行为停顿而提出的客观不法，与其冠以结果无价值之名，不如直接理解为行为无价值更恰当。

因为这种理论上的不协调，麦兹格面临了一些批评。

齐林斯科批评："如果所有这些应保护和应防止的东西都被法益概念所包含，那么就可能重撷诺瓦科斯克的观点，即所有可能被考虑为行为特征的东西都应置于一个这样的法益概念之下。但是这一概念无益于探寻实质的不法。"而且"一旦特定的损害方式被视为违反规范，法益就包含了在停止以一定方式指向利益损害的意志活动方面的利益，法益侵害就是在行为中实现的方式无价值（Artunwert），这种方式无价值并非因为导致了结果而违法，而只是因为行为人意志支配的行为趋向于导致结果的无价值，即违法。"②

在不法方面，麦兹格未考虑人的因素，其结果对于不法的意义也就不能完全凸显出来。因为单纯从结果方面很难看出自然力量所导致的结果与人类所导致的结果有什么不同。"如果一个有意义的不法概念欲只涉及法律中表明的人，那么与导致不法的人的关系就只能在结果引起中说明。"所以，"不法概念的这一环节也适宜于将主观即行为人心理态度纳入不法之中"，"如果不法本质是人对法益的侵害，那么行为无价值判断才始终是说明不法——至少是刑事不法——的理由"③。

对故意是否是主观不法要素的问题，麦兹格的解释更是招来了一串批评之

---

① Zielinski, a. a. O. S. 45.

② Zielinski: Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 46.

③ Zielinski, a. a. O. S. 46.

声。

恩格希说："故意本为不可分的事实，麦兹格却用来完成了认定不法和责任两大功能，在未遂犯中将其理解为法益侵害的主观不法要素，在既遂犯中却把它当做责任要素。"威尔哲尔也批评道，既遂犯应为未遂阶段的继续，其态度仍然表明"与主观决意的规范联系"。齐林斯科说："未遂犯中，在故意与主观不法要素之间是否有一个存在根据或价值根据上的区别，在麦兹格那里并不明确。"①

而且，麦兹格所谓主观不法要素存在的理由也是没有根据的。"以自我选择为出发点看，以主观不法要素代替客观的结果事实的主张是不可证明的，其完全没有考虑行为无价值与结果无价值之间本质的区别，二者虽在特别情况下可重叠存在，但并不能相互代替。"②

总的来说，未遂犯的不法根据是结果无价值理论不可回避但难以回答的问题，无论是试图绕开（奥地利学派），还是试图变通（贝林格、麦兹格），其结论最后均归于自相矛盾的尴尬境地。虽然结果无价值论所依据的客观不法理论本身未必错误，但其并未考虑不法中人和人的行为样态、手段等因素，所以理论上难免流于形式主义和机械主义，从而暴露出其致命缺陷。

第三节　"人"的不法理论

继客观主义与主观主义的对立之后，刑法学中的理论对立主要是行为无价值论与结果无价值论的对立。虽然客观不法理论与主观不法理论中体现了这一对立，但是真正形成气候的仍然是客观主义内部或者折中主义与客观主义之间的行为无价值论与结果无价值论的对立。这种理论对立应当归功于德国刑法学家威尔哲尔所提出的"'人'的不法理论"，在此基础上，行为无价值理论得以迅速发展，并很快居于德国刑法理论的重要地位。

一、*威尔哲尔的不法理论*

威尔哲尔的"人"的不法理论是这样表述的："不法不只是在内容上与行

① Vgl, Zielinski, a. a. O. S. 50.

② Zielinski, a. a. O. S. 51 ~ 52.

为人相分离的结果的引起（法益侵害），行为只有在作为一定行为人的所为（Werk）时才是违法的。行为人在其目的活动的客观行为中进行怎样的目的设定，行为人是以何种心情进行行为的，这种场合行为人存在怎样的义务，所有这些与可能产生的法益侵害一起决定着行为的不法。所谓违法性常常是对与一定的行为人相关联的对行为的否认。”他又说：“的确，法益的侵害和威胁对大部分犯罪来说是本质性的，但是，它只不过是人的违法的行为的部分要素，仅用法益侵害决不能充分说明行为的不法。法益侵害只有在人的违法的行为中才具有刑法上的意义。”① 基于“人”的不法理论，威尔哲尔得出其行为无价值理论，即“以实际行动对法律行为基本价值的悖逆，即‘人的行为无价值’，就会变成刑法中所有犯罪的共通的无价值”。②

与后续的“人”的不法理论所提出的行为无价值论相比较，威尔哲尔的思想有以下几个特点：

1. 行为无价值的本体论

威尔哲尔坚持认为刑法学的研究对象是一个本体的存在。他批评新康德主义的价值评判理论，他说：“新康德主义使本体堕落成为价值自由的异质的连续性，在此之中，新康德主义否认了本体的内在合法秩序和价值之间的差别而进入了一个不现实的概念世界之中，这样就剥离了行为之本体存在特征的历史和自然事实，使行为变成了方法论概念上的表达，变成了理论上的智慧结晶体。”③ 思考方法并不能代替思考对象本身，刑法中的价值评判也不能代替价值评判的对象。所以，他认为，刑法学的研究对象，即行为的内容、结构及概念性轮廓不能够被发明，而只能被发现；人的行为概念更不是被以某种评价方法加以限定的产品，而是正确认识的结果。

基于这种本体论的人的思想，威尔哲尔提出了目的行为概念，即“人之行为，乃系‘目的的活动之实行’……行为之‘目的性’，乃以‘人可以基于因果法则之知识，而在一定的范围内预见其活动之可能的结果，并依此而设定种种的目的，有计划的、如其意思的使该活动向着此目的达成’一事为基础

① 威尔哲尔语。[日]大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第132页。

② Vgl, Christos, Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungs und Erfolgsunwert in Stratrecht. S. 12.

③ Zielinski, a. a. O. S. 58.

者”。[1]

2. 行为无价值的价值确定

“刑法法条的实体内容不是纯粹的法益保护，而是遵守法的观念价值（Gesinnungswert）；其中，法益保护在本质上是作为条件的部分。”[2] 那么“目的性”[3] 就包含了价值要素，将多方面的规范关系植入社会关系的构造之中，并给刑法学的研究对象——即行为——打上了社会存在和意义规定性的烙印，即目的行为。法定构成要件这里并不是描述一些“价值中立”或者是“价值自由”的存在，而是决定和禁止这些具有社会意义地破坏社会秩序的人的共同生活之行为方式，[4] 目的行为背离了这一价值目标，因而是无价值的。

所以，威尔哲尔的理论中行为无价值是所有犯罪的共通的无价值，而结果无价值则只是次要的不法理由。行为无价值原则上“可能在法益侵害之外”确定不法，而相反，在行为无价值之外所导致的具体损害结果在刑法体系上和事实上“不仅是多余的，而且是有问题的”[5]。

威尔哲尔的行为无价值理论提出之后，受到各方面的批判。

1. 从本体论立场上进行的批判

拉德布鲁赫认为，根本不存在一个自然的、本体论的、前法律的行为概念。刑法中的行为概念应按照特殊刑法体系和目的符合性观点加以建构。[6]

尽管威尔哲尔对此观念进行了有力的批驳和回应，但是在解决一些具体事实性问题时，如过失犯的行为性、不作为犯的行为性尤其是忘却犯的行为性等，其目的行为论都显得捉襟见肘。[7] 所以，从事实和法律上，威尔哲尔的目的行为论仍然难以真正驳倒新古典主义的规范行为理论。

2. 从行为之目的性所进行的批判

罗克辛认为，目的对立法者的价值具有依赖性，作为刑法研究对象的行为，其本质上是“作为法律现象而具有社会意义的内容，并不能被理解为对因果事

① 威尔哲尔语。洪福增：《刑法理论之基础》，三民书局 1977 年版，第 44 页。
② Welzel, Über den substantiellen Begriff des strafgesetzes, in: Kohlrausch - Festschr, 1944, S. 107.
③ 在威尔哲尔的思想中并非单纯的“目的”(Finalität)，而是有“意义的意向”(Sinnintentionalität)。
④ Welzel, Studien zum System des Strafrechtes, in: ZStW, 58, 1939, S. 516.
⑤ Vgl, Mylonopoulos, a. a. O. S. 8.
⑥ Radbruch, Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 79.
⑦ 洪福增：《刑法理论之基础》，三民书局 1977 年版，第 61 ~ 78 页。

实的调整”。欲将“行为”理解为“在社会存在的世界中，即法律世界”的“意义一致性”，那么它就不是一种简单的被规定，而是“仅仅取决于法秩序目的的设定”。“立法者若要挑出法律相关的意义要素，则可能为了实现对行为人的处罚而需要对行为意义或多或少有所了解。”本体论上的行为目的在其意义上还是因果的，虽然其承认目的设定与构成要件有关系，但并未把握法秩序目的对构成要件的决定作用，即法秩序所蕴含的价值对实质违法性的决定作用，所以，还是没有包含社会、法律的意义，不能说明不法的理由。[①]

威尔哲尔极力为自己辩解，如指责罗克辛忽视了法律的来源，“社会存在的世界也是法律的世界”，其在行为实行方面的意义比之立法者构成要件中所进行的不烦缕述的规定要丰富得多，如侮辱，其意义是从“先于法律”的人之间的关系中所得出的，“伦理”和“人”使这种关系在社会范围内成为性质确定且可区分的东西。[②]

这些辩解都无法说明其所谓的“目的性”能够完全蕴含法律的价值内容。

如米卡洛瓦（Michaelowa）指出，本体论的目的与义务性应当（Sollen）没有任何关系。

克劳斯（Krauss）则认为，目的中的价值要素在什么情况下属于不法意识、什么情况下属于不法内容，威尔哲尔未明确指出。“对目的可提出相反观点，不法的主观化会导致掏空责任的概念”，而“目的还取决于体系内部的合逻辑性的法则。若将责任概念与行为人有瑕疵的志向联系起來，就必须承认，将个人的志向要件提前到不法之中。那么也就必须研究，‘人’的不法理论在何种立场上在不法中接受了主观不法要素？这一立场是否有说服力？主观不法要素是否使不法与责任的区别变得模糊不清？”[③]

阿图尔·考夫曼也认为：“对法律评价而言，目的性是否是本质内容、是否完全具有说明力，都值得怀疑。如果法律将目的性作为不法概念的基础，那么该结构对每个不法而言都是本质的，而它实际上并不能接纳多种不法概念（过失犯、不作为犯等）。”[④]

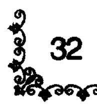
---

① Roxin, Zitiert von Zielinski, a. a. O. S. 85.

② Welzel, Zitiert von Zielinski, a. a. O. S. 86.

③ Krauß: Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, ZStW, Bd. 76, 1964, S. 42.

④ Arthur Kaufmann, Vgl, Zielinski, a. a. O. S. 82 ~ 83.



齐林斯科则认为，“行为意义”是什么、支配行为的“目的性”与影响动机的“目的性”二者之间有何区别，在威尔哲尔的研究中并不清楚。那么，作为不法要素的“含目的的倾向意义上的‘目的性’”与作为责任要素的“受价值调整的动机意义上的意义调整”之间也难以区别。①

米罗帕洛斯（Mylonopowlos）也认为：“威尔哲尔的理论不能在审判之前的阶段对目的价值含量进行理解，从而掩盖了‘目的性’（包括目标设定、故意）和‘意义调整’（Sinnsteuerung）（包括价值指向的动机、责任）之间的明确区别。”②

威尔哲尔的行为无价值理论中，行为的“目的性”包含了本体论和价值两方面的内容，其结果是，不仅在本体论上的“目的性”难以解释过失犯、不作为犯的行为性；而且在价值方面的“目的性”意义倾向也容易与不法意识、不法动机等责任要素相混淆。更甚者，该理论在许多具体问题上，如区分“禁止错误”与“构成要件错误”、解释违法阻却事由（排除犯罪性事由）的正当性等，其解释都是几经反复，仍难自圆其说。应该说，目的行为论虽历经后世发扬光大，但威尔哲尔的本体论的行为无价值论却少有人支持，这种现象的出现，是有其原因的。

二、波恩学派的不法理论

如果说威尔哲尔的本体论的“人”的不法理论尚且承认结果无价值可以作为不法的条件，那么波恩学派的理论则根本上否定结果无价值在不法中的意义。因为威尔哲尔的本体论的“人”的不法理论存在一系列不能解释的问题，作为承继目的行为论的波恩学派理论家们试图改变立场来为这些问题寻求圆满的答案，这样就提出了其独到的见解。

1. 摈弃本体论意味的目的行为论

波恩学派是以目的行为论为出发点，但与威尔哲尔理论不同，其行为目的并不是本体论意义上“基于因果法则之知识”并“设定种种目的、计划”的“目的性”，而完全摈弃了其中的“因果法则”和本体论意义上的对于结果的作

① Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 75.

② Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 9.

用。对于行为“目的性”（Finalität）中的规范意义，他们都大力推崇。所以，波恩学派所谓的行为之“目的性”，已没有本体论的意义，而完全属于规范意义上的目的。“从只表达现实行为意图的目的概念中，不能为价值自由或现实的含价值性——以及把这种价值性考虑纳入行为意志之中——得出什么结论”，如身体伤害与财产损害“二者都是目的行为，但二者也是不同的目的行为。因为在其对象性质上所意图的目标根本上是不同的”①。不法的对象只能是行为，而“谈到行为则只能以目的关系为基础。不法中不只表明了行为结构，构成要件的不法还表明了被构成要件类型化的作为前提的行为结构，如杀人目的、偷窃目的等。这样行为与其构成要件的目的就属于不法”②。

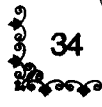
2. 以法益来确定价值的标准

波恩学派围绕法益确立了其价值体系。他们认为法规范并非围绕规范本身的意志而存在，而是为了保护既定的法益，刑法秩序的最终目标是保护法益，③其价值体系分为三个层次：第一层次的价值是实现法益，法益的集合体构成社会秩序，所以实现法益始终是法秩序所追求的目标，所进行的评价为积极评价。第二层次的价值是对某事件是否侵害法益所进行的评价，侵害法益的事件为“事态无价值”，其评价为消极评价，称为首要的消极评价，相应未损害法益的事件则为“事态合价值”，其评价为积极评价，称为首要的积极评价。第三层次的价值是对人的行为所进行的评价，如果行为是有目的性地实现了一个法益侵害的事件，那么对行为的评判就是否定的，可称为次要的消极评价；反之，如果行为指向一个事态合价值，则其价值评判又是肯定的，可称为次要的积极评价。在刑法中，具有重要意义的是第二层次、第三层次的价值（因为二者在价值体系上的地位上具有依存关系，所以被称为首要的价值评判和次要的价值评判）。第二层次的价值评判表明了刑法秩序的目标：不得侵害法益。而第三层次的价值评判则表明达到刑法目标的途径：不应该实施有意图的行为侵害法益对象（Rechtsgutobjekt）。二者关系很密切，可以从第二层次的价值评判中推导出第三层次的价值评判，即目的行为是应当被命令还是被禁止，都应根据维护

① Zielinski: Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 114.

② Zielinski: Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 120 ~ 121.

③ Armin Kanfmann, Zielinski, a. a. O. S. 123, 214.



法益对象或者损害法益对象而定。①

而具体到刑法决定规范，就只有一个目标，即“实现次要价值评判，禁止不当为的行为、命令当为的行为。这一目标间接服务于其不可直接达到的真正的刑法秩序的目标，即实现首要价值评判，避免不当为的法益对象的侵害行为，促进当为的法益对象的保护”。②

但是，这并不意味着波恩学派同时承认结果无价值。在他们看来，结果无价值的结果不是法益侵害，而是对法益对象的侵害，他们否定这种结果对于不法的意义。③

对法益的含义，波恩学派进行了抽象化的理解，将其理解为“法秩序所承认和保护的法律价值”。④

3. 不法中的行为能力要素

历来的行为无价值理论都没有给不法的主观要素予以正确定位，要么不能区分不法与责任（迈克尔），要么提出有责的不法（基尔学派），要么无法区分故意与不法意识（威尔哲尔）。波恩学派的理论不仅注意区分不法与责任，维持故意在体系中地位的一致性，而且对不法中的主观要素也作出了见解独到的注释。

他们否认无意识的行为或者无责任能力的人也可构成行为无价值。一方面，他们认为法律是普遍有效的，无论有责任能力者还是无责任能力者，都处于法律效力范围之内；另一方面，他们又将无责任能力者的行为排除在行为无价值之外。“为了使规范能发生效力，能够赋予规范接受者实施规定行为的义务，该规范就需要具体化为义务。”只有行为决定前具有“行为能力者”（Handlungsfähige），才有义务不实施规范中禁止的行为。⑤

他们在不法中引入了“行为能力”的限制，这样就将无责任能力者的行为排除在不法之外。

① Armin Kanfmann: Lebendiges und Totes in Normentheorie, S. 70; Vgl, Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 31.

② Zielinski: Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 126.

③ Zielinski: Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 124.

④ Zielinski: Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 123.

⑤ Zielinski, a. a. O. S. 138.

“行为能力”，是指“能使被禁止的目的变得具有现实意义”的能力。[1] 按照阿明·考夫曼的解释，可分为两种能力：目的确定能力和心理身体活动的可能性。（1）目的确定能力有两个智力条件：第一，认识行为目标及对行为过程的预见或认识可能性；第二，达到目标并引起肌肉神经支配的决意。（2）心理、身体作用的可能性，即“将实现意志转化为因果事实”的可能性，在不作为犯罪中称为“客观的救助可能性”[2]。

有了这种“行为能力”，就可以将刑法规范中的价值标准具体化为对行为人的义务和命令，具体化为“对行为人行为的具体无价值判断，变为具体的行为无价值。”[3] 而且，引入了“行为能力”的概念，规范就仅限于告知当为行为而描述当为行为样态之范畴，没有与责任能力相混淆，这样，违反义务就仍旧属于规范评价范畴，目的与不法意识也得到了区分。[4] 所以，从齐林斯科的立场看，一元的行为无价值理论既保护了客观不法理论的大旗，又弥补了威尔哲尔的本体论的“人”的不法理论中的缺陷。

4．结果在不法中的意义

波恩学派不仅完全否认法益对象损害的结果对于不法的意义，甚至还否认了与行为能力相对应的“结果能力”对于不法的意义。

齐林斯科认为：“如果那些使行为对法益对象具有特别危险性的条件——不存在目的关系的情况下——之所以存在，只是因为行为者并未意识到它们，那么这种法益对象威胁就不可能是行为无价值的组成部分。因此，结果无价值与行为无价值相比必然是偶然的、外在的。”[5]

从人的角度看，波恩学派认为，规范只能对有行为能力的人赋予义务，行为能力是“人的不法”中人的标志；而行为的结果力只是客观状况，即“行为目标具有事实上的实现可能性所依赖的客观状况”，它不同于行为能力，不是行为人的特征，而是“有赖于具体情形而对结果机会的评判”。“结果无价值评判对象的现实化对不法而言只是偶然的和附带的，结果无价值和目的行为之间缺

① Zielinski, a. a. O. S. 138.

② Armin Kanfmann: Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Band 14, Göttingen, 1954, S. 140 ~ 141.

③ Armin Kanfmann, a. a. O. S. 145.

④ Zielinski, a. a. O. S. 126.

⑤ Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 135.

乏桥梁关系，使得结果无价值没能有规范的基础，亦没能以义务为基础。”其结论是：“以结果无价值为基础的‘客观’结果力即使与行为人有各种关系，也显得是多余的。”[①]

所以，基于上述四个方面的理由，波恩学派坚持一元的行为无价值理论。

但是，该理论也招致了一些批评。一些学者对“行为能力”提出质疑。他们认为，既然行为能力能“使禁止的目的变得具有现实意义”，那么同样在行为规范命令框架下对行为人的动机发生作用，行为能力就与动机能力没有质的区别。而“一个纯粹外在支配因果事实的价值中立的能力在考夫曼的体系中不可能独立于内在遵守命令的能力。义务违反性在行为能力之外更多地是以动机能力为条件”，对规范接受者的命令“是通过有行为能力者的动机决定可能性而得出的”，所以，行为能力在行为无价值一元论中是无用。在动机能力之外，行为能力并不能发挥作用。在波恩学派理论中，不法与责任实际上并未如愿地得以区分，因为有了“行为能力”之限制，“不法最后不再可能被证实为损害了原则上对所有接受命令者同样的行为要求，那么‘当为’与‘能为’之间的区别就不再存在”[②]。而且波恩学派基于目的行为的志向无价值提出一元的行为无价值论是不够的。加拉斯认为：“故意只就其在行为内部作为‘目的——因果’认识构成目的要素范围内涉及行为无价值。”“相应故意的出现不能取代这种状况（因不能犯未遂而撇开刑罚可罚性）的未出现。”因为有目的的无价值行为不只由决定规范所决定，而且其社会危害性还需评价规范来判断。[③]

有学者从结果无价值的角度提出批评：刑法中根据结果来直接确定刑罚种类、幅度的犯罪有很多，结果并不是简单地决定着“犯罪”或“非犯罪”的成立，那么就不应将结果仅仅理解为一种客观处罚条件，更不应该否定其对刑事不法的决定作用。[④]

米罗帕洛斯认为，仅仅只有行为无价值“意味着不法必然丧失其与现实的

---

① Zielinski, a. a. O. S. 141 ~ 142.

② Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 61 ~ 63.

③ Gallas: Zur Struktur des Strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: Bockelmann - Festschr. S. 160 ~ 161.

④ Gallas, a. a. O. S. 160; Krauβ: Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, ZStW, Bd. 76, 1964, S. 79; Stratenwerth: Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für Schaffstein, 1975, S. 188; Christos, a. a. O. S. 68.

社会危害性的联系”，从而重返主观不法理论的阵营。[①]

当然，波恩学派理论在解释具体问题的时候，如实行终了的未遂、“迷信犯”、因果关系、误想防卫等，都分别提出了一些与德国通说理论不一致的观点，同样也招致了一些批评，下文将会进一步介绍和评述。

三、真正的“人”的不法理论

真正的“人”的不法理论是以“应为”理论为前提提出的一种一元的行为无价值理论，主要代表人物有奥托、哈德维希（Hardwig）等人。因为其对行为目的、行为的社会危害性、不法要素、价值内容等问题的讨论都紧紧围绕“人”的特征而展开，比基尔学派、威尔哲尔以及波恩学派理论都更为重视“人”在不法中的地位和作用，故被称为真正的“人”的不法理论。

真正的“人”的不法理论概括起来有以下主要观点：

（1）“人”的要素。真正的“人”的不法理论放弃了威尔哲尔的本体论的目的观和波恩学派的规范目的观，转而将目的概念理解为“人”的特征，以“人的原则，即自由”作为目的要件。[②] 他们认为，“人”应是自由地采用共同价值态度的人格体，是一个自由、理智的存在，具有自由的行为态度，并明白“应为”（Sollen）之要求，具有理智评价的能力。“自由与理智必然发生联系：与理智无关的决意自由是纯粹无方向、无价值的恣意；而无自由的理智，即只有认识而无能力按照认识实施行为，则使‘人’的要素变得没有意义。”有了自由和理智，作为规范接受者（Normadressate）的人就能认识到“应为”（Sollen）的义务和自己行为的正确性，并按照其认识实施行为。[③] “人”的要素是不法的前提。

（2）“应为”（Sollen）的规范观。在真正的“人”的不法理论中存在一个要求，即“法律被理解为应为秩序或义务秩序”。“因为法律规范指向可调整的行为，它不能要求一种确定的态度，也即有内在联系性的感情，而只要求一种更易于建立外部联系的行为，以及使其构成或确立内部联系感、相互信任感成

---

① Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 84, 112.

② Michaelowa: Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung, in: Strafrechtliche Abhandlungen, Berlin, 1968, S. 36 ~ 39.

③ Otto: Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW, Bd. 87, 1975, S. 564 ~ 565.



为可能的行为。"① 哈德维希甚至认为，对个体的责任是为了保护人与人之间的关系，个体负有实现共同体基本价值的义务，法律在共同体范围内是一个应为（Sollen）秩序，而不能相反的从社会中推导出法律共同体成员的义务。② 这种义务违反不同于波恩学派主张的形式的行为无价值，而是以破坏社会共同体成员之间的内部信任关系为内容的实质的义务违反，从而统一了作为与不作为两种行为形式。③ 这种当为义务还是一种"与情形相联系的"具体义务，"一个平常人没有可能决定法定的当为标准，而只有具体处于义务中的人才在事实上具有这种决定能力"④。

（3）伦理的不法观。真正的"人"的不法理论认为，不法是对"个人之间的内部联系"的破坏。个体之间为实现共存而基于某种内部联系建立起社会共同体，作为一个整体他们具有"共同的超个体的价值"，其中最核心的部分是"信任关系"。法律的作用就在于"保护社会伦理的行为价值"、"加强社会联系"，所以，"刑法最深层的任务有积极社会伦理特性"。那么，相应地，刑事不法就在于对这种"内在联系"的破坏，即对"信任"关系的破坏，只要"违反共同体的意念"即"不信任"（Miβtrauen）就足够了，这种损害是对"以道德为基础的义务"的损害，无须考虑对法益的损害或威胁，更无须出现结果，结果不过是行为的"象征"（Symptom）。⑤ 在这个理论中，社会危害性（Sozialschädlichkeit）也只表现为"行为人与法共同体之间精神联系的结果，即对联系法共同成员的信任的破坏"⑥。

（4）有责的不法观。真正的"人"的不法理论坦言其不法为"有责的不法"。哈德维希认为，"只有同时是有责的案件才是违法的，一个无责任的行为不能是违法的"，责任是"人的不法内容"的核心，它"规定了是否以及多大程度上损害了信任的内在联系"，这样就不会"对无归责能力者苛刻地赋予正

① Otto, a. a. O. S. 563 ~ 565.

② Hardwig, Zitiert von Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 113.

③ Hardwing, Zitiert von Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 144.

④ Otto, a. a. O. S. 570.

⑤ Hardwig, Zitiert von cHristos, a. a. O. S. 114.

⑥ Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 112.

常人一样的内在约束力量"[①]。而且，他们还把不法认识理解为故意的内容，故意也是不法要素。既然这样，对不法与责任就根本不可能加以区分。

基于上述理论，结果无价值在真正的"人"的不法理论中就不可能有任何存在的空间。但是，因为刑法中有一些对结果犯、结果加重犯的规定，为了使其理论与刑法规定不发生冲突，这种一元的行为无价值理论又提出了自己独到的见解。奥托认为："这并不意味着该行为从结果出现的时点起才是违法的。"违法与刑法秩序的处罚要求是不一样的，"刑法秩序是否处罚这类不法，最终取决于一个考虑，即为了使社会相互沟通具有可能性而必须在多大范围内动用法秩序中最严厉的命令手段来保护这样的行为"[②]。结果只不过起到圈定处罚范围的作用，并不影响不法的成立。

对真正的"人"的不法理论之批评主要有以下几点：

（1）信任关系与法律并无关系。共同体成员之间的信任关系建立在自由认同的基础上，各成员为了这种信任和伦理关系，可能在可接受的范围内自由地放弃一部分利益。但是，这种关系在法律上是不可取的，法律追求"为权利而斗争"（耶林语），其中的利益冲突是不可避免的，如果以信任标准来评价这种利益冲突，显然是不相容的。而如果进一步将违反这种信任关系上升到不法本质的地位，则合法的利益冲突就表现为一个"法敌对的结构"。换言之，为了维护信任关系而使用刑罚强制干预个人自由意志，不仅使刑罚沦落为道德风尚的矫正方法，而且不符合法治社会的精神[③]。

（2）法律道德调整对象不一样。"法规制的对象只能是那些与具有意志的行为，是可以用法律来强制的行为。"而道德则用来规范人们的思想态度，未达到道德要求的某种态度并不一定违法，其只不过是"损害"了共同体的内在和谐。"法律的基本功能不在于规定道德生活，而在于调整社会生活。"[④]

（3）法律评价与纯粹的行为人态度无关。在法律视野中，只有出现了客观的社会危害性，才能发动刑法评价，"损害法律所保护的利益"是不法的核心，

---

① Hardwig, Zitiert von Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 115.

② Otto, a. a. O. S. 567.

③ Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 120.

④ 同③。

而纯粹的行为人态度不可能构成社会危害性概念的核心，更不能成为发动刑罚的根据。[1] 法共同体各成员的外部行为作为法律规制对象时才是可接受的，“因为它可以成为强制的对象，因而，维护社会关系应视为理解法律相关社会危害性的出发点”[2]。

还有一些对其有责不法理论的批评，这里也不赘述。

真正的“人”的不法理论所坚持的一元的行为无价值论在具体问题的解释上也有一些不能被普遍接受的观点，如自救行为亦为不法。[3]

四、二元的“人”的不法理论

二元的“人”的不法理论肯定犯罪的不法内容既由法益损害或威胁的结果所决定，又由行为的方式和方法所决定，行为无价值和结果无价值都能作为刑事不法的实质根据。这一理论由默拉赫、耶塞克等学者所提出，受到大多数学者的支持，在德国刑法理论上处于通说的地位。虽然默拉赫等是持目的行为论的学者，但因为二元论呈现出巨大扩张力，故而已经跨出了目的行为论的领域，得到大多数社会行为论者的支持。[4]

（1）从规范功能看。二元论认为，刑法规范既为评价规范，又为决定规范。如“法规范具有双重特征：作为命令，它是决定规范；作为对行为进行法律评价的标准，它是评价规范”。因而，“在避免符合构成要件的法益侵害意义上具有促使影响法共同成员的功能”。“因此，法规范不仅考虑到行为无价值，而且也考虑到结果无价值。”[5]

（2）承认主观不法特征，并将其与责任相区别。二元论认为，“从规范内容中就产生了重要的结果，即除狭义的主观不法特征之外，实现构成要件的意志本身也是行为不法的组成部分”，“故意作为直接针对规范命令的行为意志，是个人行为不法的核心”。但他们同时认为，主观不法要素与责任要素是可以区分的，故意“实际上有双重地位，作为行为控制因素，它是符合构成要件的行

---

① Christos Mylonopoulos, a. a. O. S. 120.

② 同①。

③ Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW, Bd. 87, 1975, S. 567.

④ 如“可罚行为的不法内容由行为的结果无价值和行为无价值所规定”。Vgl, Wessels: Stratrecht AT, Anfl1997, S. 4.

⑤ ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 293 页。

为不法的核心；作为属于罪责的行为人意志形成过程的最终结果，它还是罪责的组成部分”。作为不法要素的故意和作为责任要素的故意具有区别，作为不法要素的故意是“一种客观尺码”，“对每个人提出的要求是完全相同的”，而作为责任要素的故意则“考虑行为人的意志形成的方式和方法以及行为人对规范命令的个人能力问题”①。

虽然二元的“人”的不法理论处于通说的地位，但并不是尽善尽美的。不仅其内部对某些根本性的问题争议较大，而且一元论所残留的部分关键问题也没有从根本上得到解决。

（1）结果无价值之“结果”概念尚未厘清。在二元论内部对结果无价值之“结果”概念存在争执，主要有四种观点：第一种观点认为，结果是“法益”（Rechtsgut）的损害或威胁，同时对于“法益”的概念仍然不能给出让人信服的定义；② 第二种观点认为，结果是“法益对象”（Rechtsgutsobjekt）的损害或威胁；③ 第三种观点认为，结果是“由于构成要件而被理解为所禁止行为的影响，这种影响横跨整个实行过程”；④ 第四种观点则认为，结果是“事态无价值”（Sachverhaltensunwert）的“事态”（Sachverhalten），即不仅将纯粹的“法益损害或威胁”包括在内，还将行为之表现、现象之危险等客观事态都一应囊括其中⑤。

虽然第一种观点是通说，但如果将“结果”理解为“法益侵害”（Rechtsgutsverletzung），那么行为无价值与结果无价值就失去其对立的意义，因为法益侵害是所有犯罪的共同本质，即所有犯罪均为结果无价值。⑥

（2）行为无价值的意义也未澄清。行为无价值除了包括上述主观不法特征之外（称为志向无价值）（Intentionsunwert），是否还需要客观的行为要件，即

---

① ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第300页。

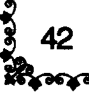
② 持这种观点的主要学者有博克尔曼（Bockelmann）、弗库达（Fukuda）、克劳斯（Krauβ）、楼克纳（Lenckner）、施罗德（Schröder），默拉赫（Maurach）、尼塞（Niese）等。Vgl, Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 19.

③ 持此观点的学者主要是耶塞克和魏根特。［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第296页。

④ Stratenwerth, Zitiert von Christos, a. a. O. S. 19.

⑤ Rudolphi: Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für Maurach, 1972, S. 55 ~ 56.

⑥ Rudolphi, a. a. O. S. 56.



表动无价值（Aktsunwert）？二元论中也存争议。通说持肯定观点，如“行为无价值既由行为人行为的外在方式构成，也由行为人个性中的情况构成”①。还有观点则认为，行为无价值应限定于义务违反的主观要件之中，“行为无价值作为志向无价值虽依赖于志向无价值特征，但并不有赖于志向价值在事实上得以实现。如果行为人在未认识到其客观正当化事由的情况下故意或过失地损害刑法保护的法益，那么其行为在主观上或至少在客观可支配的形式上导致了事态无价值（Sachverhaltensunwert），因而实现了表动无价值（Aktsunwert）”②。

（3）一元的结果无价值论所面临的困扰同样使二元论感到棘手。一元的结果无价值论所面临的最大困扰是未遂犯的不法问题，即如何解释未遂犯中的“法益侵害”。二元的不法理论虽承认了未遂犯的行为无价值，但对其结果无价值却同样难以解释。二元的不法理论中，一种观点对结果进行抽象化解释，认为未遂犯的处罚理由并不在于其威胁了具体被侵犯的法益，而只在于行为人通过实现与法律相敌对的意志而损害了共同的法和平（Rechtsfrieden）。③ 另一种观点在坚持客观的未遂论基础上提出，未遂犯应对被保护的法益构成具体的危险，即在行为无价值之外还要求一种特殊的事态无价值；至于不能犯未遂，该观点则实在难以解释，故而主张“为了保护法益实际上避开有危险的行为并确保社会伦理的行为价值之安全，决不能强制性地命令以刑罚威慑不能犯未遂。”④ 因此，二元的不法理论实际上仍然没有令人信服地解决其理论中的结果无价值问题。

（4）难以区分作为“不法要素”的故意与作为“责任要素”的故意。因为在行为无价值中考虑到志向无价值的问题，所以，如何区分作为“不法要素”的故意与作为“责任要素”的故意，既是一元的行为无价值理论难以解决的问题，同样又让二元的不法理论难以释怀。二元的不法理论一方面肯定“故意作为直接针对规范的行为意志，是个人行为不法的核心”；另一方面又区分作为“不法要素”的故意和作为“责任要素”的故意，认为作为“不法要素”的故意“无须考虑行为人的罪责能力和动机的价值或非价，而是按照一般的标准来

① ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第296页。

② Rudolphi, a. a. O. S. 58.

③ Maurach: Deutches Strafrecht, AT, Karlsruhe, 1971, S. 508; Vgl, Rudophi, a. a. O. S. 71.

④ Rudophi: Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für Maurach, 1972, S. 71 ~72.

确定违法性”。[①] 这种简单的区分无疑难以让人信服。不仅使作为“不法要素”之故意与作为“责任要素”之故意难以区分，而且使二元论在某种情况下还承认了有责不法的结论。

融合行为无价值与结果无价值的二元的不法理论，虽然在德、日刑法理论上取得通说的地位，但是其到底是取其二者之精华，还是合其二者之糟粕，恐怕不易简单地下结论。行为无价值与结果无价值的结合，要想真正发挥各自理论的优势，避免致命缺点，只停留于在结构上的简单拼接恐怕不够，还需要进一步探寻一种有机的构造。但是，现有的二元的不法理论并没有提出合理思考，也许恰恰在这一点上形成了二元的不法理论的致命缺陷。

第四节　社会的不法理论

社会的不法理论是在真正的“人”的不法理论基础上提出来的，其代表人物德国刑法学家麦霍菲尔（Maihofer）持有一种矛盾的心态接受着真正的“人”的不法理论。一方面他认为，“不法”只有理解为“人的不法”时才有意义；另一方面则又认识到在不法概念中考虑主观要素的种种弊端，所以就主张将主观要素完全从不法概念中剔除。

社会的不法理论的主要观点表现如下：

（1）提出“社会人”的概念。社会的不法理论认为，考虑不法的时候，不能将“人”理解为自然的人和个体的人，而应理解为法共同成员（Rechtsgenosse）和社会共同成员（Sozialgenosse）的人。行为人实施行为的时候，影响社会的根本不是个体的主观态度，而是其存在于客观世界中的客观地位。[②] “对‘社会人的基础’而言，不法的行为人无价值（Täterschaftlicher Unwert）不是源于行为人内在的态度和意图，而是来自于外在的社会地位和态度，这只取决于依客观‘社会人’标准判断行为人以其行为所承载的无价值程度。”[③] “社会人”不同于目的行为论中的个体的人，它将主观要素（目的要素）排除于“人”概

---

① ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第298～300页。

② Wolt, Zitiert von Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 148.

③ Maihofer, a. a. O. S. 148.



念之外；“社会人”虽是客观的评价标准，但亦不同于古典不法理论，其坚持以“人”为基础展开立论，而没有以客观的因果关系作为判断不法的基础。因此，“社会人”具有两重性，一方面是作为抽象的人，即法共同成员与社会共同成员的人；另一方面是作为个体的、具体的人，如果作为个体的人违反了抽象的人所应当且能够遵守的规范，那么就是不法。

（2）不法的本质。社会的不法理论认为，法秩序具有双重性，其中“法益保护”是目的，而规范“特定行为”是手段。“行为规范在整体上对个人勾勒出一个特定的行为框架，在这一框架中……行为人才可以‘合法’地活动，而无须畏惧公开其行为会招致非难。”这一行为框架的设定具有“特定利益保护的目的”[①]。进行不法评判，如果只以行为无价值为依据，就没有考虑到利益冲突的问题；而若只以结果无价值为依据，则因未考虑刑法规范所设定的行为框架而使不法根据变成了纯粹的利益冲突。

（3）规范内容。社会的不法理论认为，作为决定规范的刑法具有双重性：第一，应为（Sollen）规范；第二，允许（Dürfen）规范。应为规范就是指命令或禁止，发挥着决定规范的作用；而允许规范则是考虑到刑法中一些利益冲突而规定的例外情况。在这种情况下，行为人虽违反了应为规范，但法定的允许却“打破了既定的禁止或命令”，使得“在利益冲突的情况下个人行为有利于实现更高价值的利益”。[②] 只有排除允许规范的情况下，才能考虑刑法对于个人行为的决定规范的功能（Bestimmungsnorm）。作为评价规范的刑法则分为应为（Sollen）规范和能为（Können）规范两种。在不涉及允许规范的情况下，对行为的评价应依据应为规范与能为规范来进行。尽管存在现实的社会的结果无价值，但是行为人若是在无能力的情况下导致了该结果，则不能确定其（社会的）行为无价值，故也不能将该行为评价为不法。“任何对‘应为’的规定自始至终都须在‘能为’方面找到其界限，但并非在个人‘能为’方面，而是在一般人的‘能为’方面，没有这种违反也不能将行为人‘归咎’为社会的无价值。”[③] 只有一个理性人处于能为位置而违反了应为规范，那么才是不法。这种能为标准不同于主观不法理论的能力标准，后者是以行为人个人的“认识和能

① Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 149.

② Maihofer, a. a. O. S. 150.

③ Maihofer, a. a. O. S. 153.

力”为尺度的，而社会的不法理论的能为标准则是以“社会人”的“认识和能力”为尺度的。

（4）不法非难。社会的不法理论将不法要素分为不法事态要素和不法非难要素，不法事态是与应为规范相冲突且未被允许的人的行为；而“如依照理智人的社会能为标准，在行为人的地位和情形之下，行为人所违反的社会应为规范是可以避免的，那么就可以对行为人进行不法非难”。对于不法非难而言，一方面必须确定行为人违反了客观的义务，即行为人以其行为违反了结果避免或结果防止的义务，这就是说，避免和防止结果是行为人在其扮演的角色中所应当履行的义务；另一方面，依照社会人的标准，行为人有能力履行义务，即行为人虽没有这样行为，但是一般人在此情况下能够这样行为，“那么，我们能够如对任何处于该位置的其他人一样有权利要求行为人尽可能少地实施可避免的不法行为”。社会的不法理论所提出的不法非难的概念分解了传统的责任非难概念，不再将对行为人的非难统一理解为责任，其把对社会人的非难理解为不法要素，包括违反社会应为规范和违反社会能为规范两方面内容；而对行为人个人的非难理解为责任要素，包括违反个人应为和个人能为两方面。① 引入了不法非难的概念，就使得客观的“人”的不法有了理论依托，其评价的标准是一般人标准，即客观标准，这样就维护了“违法是客观的”这一命题；而且因其评价对象是行为人，所以也不至于重新落入古典不法理论的“因果关系”之中。

基于上述理论，社会的不法理论提出二元的行为无价值和结果无价值理论：当刑法关注制裁损害者时，无价值评判关注的是规范的违反，即为行为无价值；反之当刑法关注保护被损害者的利益时，无价值关注的是法益侵害，即结果无价值，二者体现了不法的二重性。②

社会的不法理论折中了“人”的不法理论与古典的不法理论，弥补了“人”的不法理论将目的要素引入不法概念所带来的缺陷，也打破了古典的不法理论以因果关系说明不法理由的局限，维护了“违法是客观的”、“违法与责任相区分”、“构成要件既为不法的类型，也为责任的类型”等传统命题，又引入了晚近发展起来的“人”的不法理论，其在解释论上，如对过失犯的不法、

① Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 155, 158, 163.

② Maihofer, a. a. O. S. 142.

不作为犯的处罚依据、排除犯罪性行为等问题的解释能够得出一些自圆其说的结论。

虽然如此，社会的不法理论也面临一些批评：

（1）从规范逻辑上看。社会的不法理论对评价规范、决定规范进行了重新划分和组合，将客观违反社会应为规范、能为规范理解为不法，而将违反个人的应为规范、能为规范视为责任，这样就将评价规范与决定规范的内容完全统一，区分违法与责任的标准在人的双重性中体现出来：违反社会人的评价规范、决定规范的行为为不法，而违反个体人的评价规范、决定规范的行为为责任。在其不法相对性的语境中，这意味着："评价条款的对象——与法律命令的内容相一致——一直就表现为一个被法律强制征服所要求的结果（Leistung）"[①]；那么就会使古典的不法理论煞费苦心建立起来的法治主义的评价规范与决定规范相区别、违法有责相分离的犯罪论体系趋于崩溃，从而带有警察国家的刑法思想。

（2）社会的不法理论所坚持的客观行为无价值理论也受到了批评。"人"的不法理论所倡导的行为无价值理论不同于古典的不法理论的根本点在于，其在不法概念中渗入了主观要素，即志向无价值；而社会的不法理论所主张的行为无价值却将志向无价值完全摈弃，故而首当其冲地受到来自行为无价值理论内部的批评。施罗德认为，实行意志是规范的"潜在接受者"，且是"引起外在行为的原因"，所以在行为无价值中不应忽视。[②] 齐佩鲁斯更是激烈的批评道：意志活动"一方面可通过命令而决定，另一方面是具有影响力的原因"，"其表现为二者的联系环节，通过它，命令能够影响到自然的外在世界；它还是一个中间环节，立法者通过它能够用命令来促进或者用禁止来遏制其在外部社会存在的现实影响"。[③] 克劳斯也批评道："行为人'以某种角色'而处于某种特定情况下，因而未引起某种被要求的意志表现，依麦霍菲尔的观点这些可以确定，但同时没有考虑，行为人除了遵守其义务之外事实上还意欲什么这一问题。"[④] 例如，某医师开车超速行驶而轧死他人，如果仅考虑其社会角色，而不

① Krauβ, Erfolgsunwert and Handlungsunwert in Unrecht S. 33.

② Vgl, Kranβ, a. a. O. S. 34.

③ Zippelins, Erfolgader Handlungsunrecht. NJW 57, 1707.

④ Krauβ: Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, ZStW, Bd. 76, 1964, S. 35.

考虑医师超速行驶的主观要素，要确定其行为无价值显得比较困难。

（3）将主观要素完全从不法概念中排除也值得怀疑。社会的不法理论认为，如果一个“理智人”在行为人的位置和处境下足以能实施符合应为规范的行为，那么就可以将行为评价为“违反社会应为规范”的行为，而对行为人“个人”也可非难为不法。[①] 这就将行为人在行为中的社会义务态度完全进行了客观化理解。相应地问题就在于：如何区分正当化事由与犯罪行为，如正当防卫与偶然防卫？如果不考虑不法中的主观要素，“就只存在两个理论上更清楚的解决方案：要么只考虑客观的利益状况，这意味着必须放弃几十年来的司法经验；要么将正当化事由‘堕落’为纯粹的刑罚排除理由”。而这两个方案都是行不通的。[②]

除了上述批评之外，社会的不法理论还将责任中的客观要素提升到不法概念之中，如期待可能性的标准，若坚持一般人标准说，则几乎与上述社会的不法理论之不法非难标准如出一辙。麦霍菲尔自己也承认，“以这样的‘人’的不法理论，我们从不法概念中得出的结论与弗兰克为责任所得出的‘规范’责任概念是一样的。”[③] 既然如此，就不得不使不法中本已能完整评价的正当防卫、紧急避险、自救行为等和传统责任论中完整评价的期待可能性、责任能力、非难可能性等问题又重新打乱，分属不法、责任论中分别进行评价，给传统理论带来不必要的混乱。

第五节　日本的行为无价值论与结果无价值论

日本学者对行为无价值论与结果无价值论也进行了深入的思考。

团藤重光是行为无价值论的代表。他的不法理论有以下特点：

（1）以人格论作为理论的出发点。他改变了德国行为无价值论以行为人的主观性，即“目的性”，作为考察的出发点，而采用主体性，即“人格性”作为行为无价值论的出发点。他认为：“如果仅将行为作为考察要素的话，就不能考察到与人格有关的要素，在这一点上，所谓违法判断是把行为者人格与行为

① Maihefer, S. 153.

② Krauβ: Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, ZStW, Bd. 76, 1964, S. 36.

③ Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 154.

相联系。"[①]"刑法的评价对象或事实的中心是行为"，"刑法所考察的行为必须被看做是行为人人格的主体现实化，单纯的反射运动或完全被强制的动作从一开始就不成其为刑法中的行为问题"。[②]

（2）规范的行为无价值论。在团藤重光理论中的"行为"，不仅系"对法益侵害的侵害样态"，而且还含有"结果"，"主要表现为行为的定型化"。纯粹的行为不是违法性评价的对象，"符合构成要件"的事件才是评价的对象，即"由于构成要件本身是关于法律规范方面的要件，它不可能又被看着是评价对象"，而这种评价的资料或事实，即符合构成要件的事实才是评价的对象，同时又是评价的资料以及这种评价的基础。[③]

（3）伦理违反说。团藤重光继承了小野清一郎的道义非难说。他认为，刑法是"要求法强制推行的"、"社会生活中所必需的最小限度的道德规范"。[④]即使是伦理性较小的行政刑法，也是"最小限度的伦理"，因为国家为了达到行政取缔的目的，就需要借助于刑罚手段加以禁止。至于以行政刑法为由"否定刑法作为伦理性"的观点，他认为是"本末倒置的"。所以，违法性"从实质上说，是对整体法秩序的违反，是对作为法秩序基础的社会伦理规范的违反"。[⑤]

（4）有责的违法论。他认为，人格是责任非难的根据，既然违法性中必须以考察人格为内容，那么就意味着："作为违法行为而存在的行为，对初次行为人产生了责任问题的非难，因而，对责任判断的论理必须先于违法性的判断"。[⑥]

团藤重光的观点丰富了行为无价值的内容，尤其是其人格论、伦理违反说的观点更是第一次系统、完整地得到了阐述。所以，在这一点上是值得肯定的。但同时，该理论的缺陷也是十分明显的：

（1）将"行为"理解为"人格的现实化"，容易扩大其范围，"可能把没有成为犯罪余地的，行为人个人的身体活动等，也包括在行为概念之中"。从思考

① ［日］团藤重光：《刑法纲要总论》，创文社 1990 年版，第 196 页。
② 同①，第 104 页。
③ 同①，第 102～103 页。
④ 同①，第 37～38 页。
⑤ 同①，第 188 页。
⑥ 同①，第 196 页。

方法上看，“人格的现实化”具有较大的变易性和不确定性，不利于对行为无价值评判的进行。他最终放弃了“行为”的内容，进而以“定型性事实”取而代之。

（2）他把“定型性事实”作为违法性评价的对象，也是值得怀疑的。因为，行为经过构成要件该当性评价之后，就成了规范评价的结论，而已不再是评价的对象；那么与以“构成要件”作为评价的内容实际上没有什么区别。

（3）强调伦理违反，则容易使人重新陷入法律与道德难以区分的迷惑，从而成了结果无价值批评的重要依据。

（4）有责的违法论更与团藤重光所主张的“该当性——违法性——有责性”的犯罪论体系不一致，所以也是值得怀疑的。

日本的结果无价值论也表现出其强大的理论力量。结果无价值的代表是平野龙一教授，他的理论可以概括为以下几点：

（1）不法的本质是法益侵害。与团藤重光教授一样，平野龙一教授也继承了小野清一郎的客观违法说，但他放弃了规范违反说，转而采用了法益侵害说。他说：“在把行为无价值与结果无价值对立的时候，行为无价值是指没有引起结果无价值的东西。换句话说，虽然违反社会伦理，但是没有伴随法益侵害。这样的行为无价值能否成为刑法上的违法性，也即能否成为犯罪成立的一个要件的违法性的基础，是很有问题的。”①

平野龙一教授的法益侵害说中还包含了行为无价值的内容。他主张：“行为的样态确实决定犯罪成立与否和刑罚的轻重，但是，不是因为这种样态违反社会伦理，而是其导致法益侵害的危险性增大。”所以，“行为样态也是结果无价值的一种”。②

（2）自由保护观。平野龙一教授反对伦理违反说，他认为：“法律是保障持不同价值观的人在一起生存，无论是将维持国家道义还是维持社会伦理视为刑法的任务，都是对刑法的过高要求。”③

平野龙一教授在结果无价值论中考虑了行为的样态，较之一元的结果无价值论具有更丰富的内容，这一点值得肯定。

---

① ［日］平野龙一：《刑法机能的考察》，有斐阁1975年版，第17页。

② 同①，第29页、第18页。

③ ［日］平野龙一：《刑法总论》（Ⅰ），有斐阁1975年版，第44页。

但是，这种结果无价值论与传统古典的结果无价值论一样，存在一些无法解释的问题，如法益的精神化、故意在体系中的地位等。他认为："在既遂的场合，故意，不是违法要素，而是责任要素；在未遂的场合，故意，更准确地说，是主观的违法要素。"① 这种观点与麦兹格的观点并无二致，所以也是值得怀疑的。

二元的不法理论的代表有大塚仁、野村稔、川端博等学者。

大塚仁是侧重行为无价值的二元论。他说："违法性的实体首先在于对法益的侵害、威胁。脱离这种意义上的结果无价值，仅仅以单纯的行为无价值为问题，是不应允许的。""相反，想仅用结果的无价值来确定违法性的内容的结果无价值论，则过于拘泥于想把违法性的观念极力客观化的意图，有宽缓对事态的直率认识之嫌。"所以，"只有通过一并考虑结果无价值和行为无价值，才能正确地评价违法性"。② 其结论是："行为无价值是在充分考虑了结果无价值后，进一步考虑到行为的无价值，因此，更确实地把握了违法性的实质，我想反而可以说它比结果无价值论更具有保障人权的功能。"③

野村稔则是侧重结果无价值的二元论。他认为，"刑法的任务是对于生活利益的保护"，"像这样以法益侵害为核心的行为本身的违法性和纯客观的，与事后的判断密切相连的结果的违法性分开，并且将二者同时并列来考虑的方法，才能够消除行为无价值与结果无价值论的对立，得出恰当的结论"④。

然而，在野村稔的理论中，"行为本身的违法性，是指法益侵害的危险性作为其本质内容，同时在某些场合下，义务违反性也成为其部分内容"⑤。所以，这种观点实际上是一元的结果无价值论。

大塚仁教授则相反，他认为："违法性实质是违反国家、社会的伦理规范，给法益造成侵害或者威胁。"⑥ 这样，不仅将规范与伦理未加区分，而且把法益理解为"对刑罚法规在定立犯罪时所期望达到的目的（解释论的观点）"和"由刑罚法规所保护的，即值得保护的社会生活上的利益（立论上的指导对

① ［日］平野龙一：《刑法机能的考察》，有斐阁1975年版，第30页。
② ［日］大塚仁：《刑法概说》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第312～313页。
③ ［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第135页。
④ ［日］野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社2001年版，第152页。
⑤ 同④，第166页。
⑥ 同②，第303页。

象)”两个方面,[①] 即进行抽象化、精神化理解，使规范与法益在内容上基本没有区别。

最近，日本学者山中敬一提出“危险无价值”的概念。他认为：“作为可罚性前提的不法，不仅是依结果无价值，一般还必须以有‘危险’存在为依据。”“这里，行为人的义务违反性或故意、心情，都不影响‘危险’的认定。对结果发生的现实的客观危险性是危险无价值的判断基准。”[②]

以“具体危险性”来理解不法内容，是值得怀疑的。因为：

（1）不利于解释过失犯的结果无价值内容。过失犯以危害结果作为构成要件，根本不需要考虑具体危险性的问题。

（2）不利于解释抽象危险犯。抽象危险犯，如背叛国家罪，组织、领导、参加恐怖组织罪等都不要求具体的危险性，而只要实施了该行为就推定其具有抽象危险，并可以成立刑事不法。如果依危险无价值的观点，则无法认定其刑事不法。

（3）在历来的结果无价值论的观点中，“具体危险性”是结果无价值中的一部分内容，它不仅不能概括结果无价值的全部内容，更不能说明行为无价值的内容，所以，以此为根据的“危险无价值论”应该说是片面的。

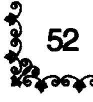
总而言之，日本刑法理论中的行为无价值论与结果无价值论也没有给出令人信服的结论。

小　结

自迈耶提出违法性与有责性相分离以来，这一观念得到了戈德斯密特、麦兹格等人的支持，已经成为德国刑法理论的通说。其“不法是客观的，责任是主观的”这一观念是相伴而生的，虽然受到麦兹格、小野清一郎、威尔哲尔等人的质疑，他们试图将主观要素纳入不法之中，或者提出所谓的主观不法要素

① ［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第11页。

② ［日］山中敬一：《刑法总论》，成文堂1999年版，第391页。



（麦兹格），或者提出所谓“主观构成要件要素”①，或者提出“目的性”（Finalität）②，但均因体系上没有迈耶体系结构那么明朗而未被广泛接受。所以迄今为止，“不法是客观的，责任是主观的”这一思想在德、日刑法理论中仍处于十分重要的地位。

行为无价值与结果无价值的对立是对客观不法理论的发展。不法理论发展的轨迹反映了论者们一种矛盾的心态：开始时高举客观不法理论的大旗，并迅速占领主观不法理论的领地，取而代之居于主导地位，结果无价值代替行为无价值也为一时之趋。这一过程完成以后，客观不法理论的缺陷也开始暴露出来，正如麦兹格所指出的：立法者在未遂的情况下只以行为人的意志作为不法的基础。③ 在这种情况下，要么承认无不法的责任④或者客观应为规范，以展开对行为人的不法非难⑤，维护客观不法理论；要么提出主观不法要素或者目的性或者人的不法，以弥补客观不法理论的缺陷。但是，不管是哪种主张，都反映了论者们一种矛盾的心态：坚持客观不法理论，于法于理都存在一些致命缺点；而放弃客观不法理论，又找不到充分依据和更完善的理论取而代之。正是在这种两难的情况之下，行为无价值论和结果无价值论的争论才得以蓬勃发展，并进行了极为深入的探讨。虽然二元的不法理论处于当前通说的地位，但一些理论问题并没有得到真正的解决，如将结果无价值理解为法益侵害，实际已将结果无价值上升到犯罪本质的高度，这显然已偏离行为无价值与结果无价值的争论焦点，使二者变成了包容关系，而不再是对立关系，从而失去争论的意义。

这里，有必要回头重新研究传统理论的出发点，考察迈耶“客观违法论”的理论依据。“正如每个行为都有两个方面，每个法定构成要件也有两个部分：发生于外在世界且可为意识所认识的要件和施之于行为人内在世界且只能通过其供述或行为的表达才得以推断出来的要件。”“这种类型概念并没有给内在构成要件的重要性赋予合适的考虑；这样区分外在和内在的构成要件符合性是不

① ［日］小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社 1991 年版，第 34 页。

② Welzel, Zitiert von Zielinski: Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 121.

③ Mezger, Zitiert von Zielinski, a. a. O. S. 37.

④ Nowakowski, Zitiert von Zielinski, a. a. O. S. 41.

⑤ Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 155.

对的也没有可行性。出于这些理由，我们将构成要件符合性的概念限定于与法定构成要件的客观要件一致的行为的外在方面，并使构成要件符合性与归责可能性协调一致。”① 所以，“应当拒绝所有在客观违法性与归责可能性②（Zurechenbarkeit）之间还插入主观违法性概念的理论或者完全放弃客观不法概念的理论。应严格将一致性（Einheitlichkeit）维持在客观意义上：法秩序对行为的不允许，而完全不用费心考虑对行为人（Handelnder）是否还可以进行非难”。③ 从违法性与有责性相区别的发端看，将违法性限于客观实属人为的结果，无论从构成要件上还是从行为事实上，主观与客观都是密不可分、协调一致的。

无论是将主观要素仅限于责任范畴，还是在行为无价值中考虑志向无价值的问题，主观要素或客观要素都不能单独说明问题，既无无责任的不法，同样亦无无不法的责任，任何一种情况对于定罪都没有意义，也没有在刑法理论上论述的必要。对此问题，我国学界已进行了充分的论述：“只有行为人的行为客观上是违法的，主观上有责任能力和罪过，才能谈到行为的刑事违法性。如果行为只是客观上违法，行为人不具有责任能力或者没有罪过，那就不发生刑事违法性问题。”④ 无论是进行类型性判断还是进行价值判断，客观要素和主观要素都是密切相关的，德国刑法理论上将其分属于违法性和有责性两个不同的评价范畴，只是出于评价先后次序的需要，并不是将二者截然分开。

“如果坚持要对数十年来关于不法的客观或主观设置的争论到底是在这个不法理论中还是在那个不法理论意义上确定，那么就不可能对不法中结果无价值和行为无价值的意义问题作出正确的回答。事实上，古典的不法理论、社会的不法理论和‘人’的不法理论并非互相对立的，而是互相补充的。”⑤ 虽然上述理论在各自片面的深刻中得到了升华，但他们毕竟是片面的。根本问题在于，上述各理论（除了社会的不法理论）大多采用绝对的价值评判观，把立法的价值取向理解为普遍性的标准，如处罚不能犯未遂并不意味着刑法中所有的犯罪

① Mayer, Strafrecht AT, 1923, S. 8.

② 迈耶体系中并没有使用责任（Schuld）或有责性（Schuldhaftigkeit）的概念，而是使用了归责可能性（Zurechnung）的概念。

③ Mayer, Strafrecht AT, 1923, S. 7～11.

④ 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 27 页；高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社 1999 年版，第 75 页。

⑤ Krauβ: Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, ZStW, Bd. 76, 1964, S. 6.

只有行为无价值就够了，同样结果犯中以危害结果来决定罪与非罪的区分也不表明结果无价值是刑事不法成立的惟一根据。

立法者在制定刑法规范的时候，总是存在一定的立法目的，使某种行为犯罪化或非犯罪化，都受到了这一目的的支配。也就是说，立法者在制定刑法时是有所选择的，在是否将某行为规定为犯罪问题上，总是选择更有利于达到刑法目的的手段，所以，立法中价值的选择本身就是相对的。而在司法过程中也是有所选择的，“任何法庭都必须假定，立法者在制定出这些将要被实行的法律规则时都带有一定的目的，而善的原则就是有利于实现这一目的的原则”[①]。评价就是依据一定的标准进行选择的过程，一种情况下刑事不法表现为行为无价值，另一种情况下可能表现为结果无价值，首先是立法的评价、选择，然后才是司法的评价选择。

至于何种情况下选择行为无价值或结果无价值，则应结合立法目的和行为无价值、结果无价值的功能来具体判断。

① ［英］W. D. 拉蒙特：《价值判断》，马俊峰等译，中国人民大学出版社1992年版，第332页。



行为无价值论与结果无价值论的对立

行为无价值论与结果无价值论在理论方面和实践方面都存在对立。理论上，它们对不法的本质、思考方法、判断基准、规范功能、评判对象等都存在不同观点，而正是这种理论对立促进了当代刑法理论的发展，尤其是犯罪论的纵深发展。下面集中讨论行为无价值论与结果无价值论在不法的本质、思考方法、判断标准三个方面的对立，以探索其理论的精髓。

第一节　不法的本质之争

行为无价值论与结果无价值论的争论首先体现在对不法本质的认识上。行为无价值论认为，不法的本质是规范违反，即违反规范之禁止或命令所赋予的义务。① 而结果无价值论则认为，不法的本质是法益侵害或威胁。② 二元的不法理论则认为，不法的本质既指法益侵害，又指规范违反。③

---

① Vgl, Armin Kaufmann: Normentheorie, S. 126; Zielinskie, Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, S. 138; Zippelius, ACP. 157, 395, NJW, 1957, 1707; Otto, ZStW, 87, S. 557；［日］团藤重光：《刑法纲要总论》，创文社1990年版，第104～179页。

② ［德］李斯特、施密特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第201页；Merzger, ZStW, S. 697; Nowakowski, ZStW, 63, S. 312；［日］平野龙一：《刑法总论》（Ⅱ），有斐阁1975年版，第219页。这些论者的所主张的法益概念内涵并不一致，理论也各有所不同，后文将进一步论述。

③ Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift fuer Rittler, 1957, S. 142; Stratenwerth: Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift fuer Schaffstein, 1975, S. 185; Rudophi: Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift fuer Maurach, 1972, S. 61；［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第116页；［日］野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社2001年版，第165～166页。

一、规范违反说及其批判

一开始，理论上将不法的本质理解为规范违反。

主观不法理论认为，不法的本质就是违反规范。如黑格尔认为，“不法”是当事人的特殊意志与自在法的普遍性相对立的假象。[①] 再如迈克尔认为，不法是损害了作为精神力量的法。早期客观不法理论者，如耶林、托恩（Thon）等，也主张规范违反说。

主观规范违反说与客观规范违反说存在根本的区别。主观理论认为，不法是否定或损害作为精神力量的法律；而客观理论认为，不法是与法律的外在客观状态不一致。自麦兹格以来，客观不法理论基本上已处于绝对的优势地位，原有的主观不法理论与客观不法理论之间的对立已经消除，取而代之的是行为无价值论与结果无价值论的对立，他们都肯定了客观不法理论，所以，这只是存在于客观不法理论内部的争论。相应地，作为争论焦点之一的“规范违反”也就是指客观的对法律的违反。正如我国台湾学者所指出的：“所谓‘规范违反’，只是意味着行为人的‘不服从’而已，并不是指规范遭受损害，因为行为人的行为根本不可能损害到规范。”[②]

规范违反说在宾丁和迈耶理论中，得到了长足的发展。

宾丁将犯罪的本质视为规范违反。他认为，犯罪所违反的并不是刑法规范，而是逻辑上先于刑法的其他法律条款，违法性与违反规范性是一致的。[③] 对于一些没有以成文法形式出现的规则，宾丁认为：“在命令或禁止规范没有被成文化的场合，对于刑法分则中各条所规定的行为来说，其规范已被作为数千年来积累下来的社会遗产而为人们所熟知。因此，它并没有成文化的必要，在刑法的范围内，可以根据刑法分则各条的规定来设立。”[④]

宾丁的观点受到了很多批评，通常被指责的是其主观不法理论和超刑法规范的形式不法理论。如迈耶以处罚学生的校规为例，指责了宾丁的观点，他说：“这种处罚在教育上是否正当，是否符合学校处罚的目的，这些都没有进行法律

① ［德］黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第91页。

② 陈志龙：《法益与刑事立法》，台大丛书编委会1992年版，第11页。

③ Vgl, Mayer: Strafrecht AT, Aufl. 1923, S. 176.

④ 马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社1996年版，第210页。

的思考，因为成文法没有规定这些。所以，我们必须追问，不成文法如何表明立法者在相互冲突的行为中阐明了哪些意志”。“因此，那些构成刑法基础的文化现象或者那些宾丁在一些个案研究中必须提出的社会目的，在规范理论中没有立足之地。”[①] 应当承认，这个批判是中肯的。正因为如此，宾丁的规范理论是不彻底的。除规范违反之外，宾丁本人还主张法益侵害说。

迈耶将“违法”理解为对刑法根植的文化规范的违反。“违法性就是指那些违反国家所承认的文化规范的行为。”“因为规范是文化的产物，所以构成了规范的综合体，即在某种意义上的规范综合体……宗教规范、道德规范、地区精神、经济和社交意义上的交往规范，农业、军事、技术、学术、文化规范等，当然还有法律规范，都在这个定义之下。”与以前的规范违反说一样，迈耶亦认为，其“文化规范是一种禁止和命令，通过这种禁止和命令，社会促进符合其利益的行为”[②]。当然，将法律规范从属于文化规范之下，这并不是法律规范合适的定位，基于这一观点建立起来的规范违反说也是值得怀疑的。

威尔哲尔没有把“不法”简单地解释为规范违反，而是拓展为一种价值关系。在批判法益侵害说的同时，他指出：“刑法法条的实体内容不是纯粹的法益保护，而是遵守法的观念价值（Gesinnungswert）；其中法益保护从本质上看，只是一种条件。”[③] 在违反观念价值的诸要素中，既包括了主观要素——如“目的确定”（Zielsetzung）和行为人的态度（Einstellung），又包括了客观要素——如客观义务，即客观的行为人要件（Objektiv Täterschaftliche Merkmale）。这种价值关系在构成要件符合性评判阶段尚不能确定，只有进入更深层次的违法性阶段，才可以判定：“该行为严重偏离了社会生活秩序”，具有刑法上的无价值。在威尔哲尔的思想中，主观不法要素和客观不法要素不只是因果关系的组成元素，而且是意义的载体。其所谓的“目的性”（Finalität）与“有意义的志向”（Sinnintentionalität）是同一概念，如“志向（Intentionalität）是一个过程，在此过程中并且通过这一过程，‘我’因对具体的意义进行了一系列揭示，即

① Mayer：Strafrecht AT，Aufl. 1923，S. 177.

② Mayer，a. a. O. S. 180，S. 44.

③ Welzel：Über den Substantiellen Begriff des Strafgesetzes，in：Festschrift für Eduard Kohlrausch，1944，S. 107.

对具体构造和价值进行了揭示，从而能够找到通往认识和决断之路。"① 这种主观的价值内容"隶属于意义倾向的法律性"。客观的不法要素也表明了价值取向，即"社会范围内的每个行为都包含优与劣、期待与不期待、利与弊的集合"，采取某种行为归根结底是价值的选择，表明了行为人的社会态度。② 所以，威尔哲尔将"不法"理解为"无价值"，即行为无价值；而因果过程所导致的结果只是客观的事实，不具价值意味，只能是行为无价值的条件。

此外，威尔哲尔还提到了"社会相当性"(Soziale Adäquanz) 的问题。"社会相当性行为是在历史形成的共同生活秩序范围内所允许的"，因而根本不应当将其理解为对"功能秩序中利益"的相应破坏。③

威尔哲尔对违法性与违反规范进行了严格区分，他指出："违反规范，是指与构成要件的个别的（抽象的）禁止规范相矛盾，与此不同，违法性，是指对作为构成要件全体的法秩序的违反。"④ 虽然其将违法性本质理解为"偏离社会生活秩序"的无价值状态，但仍表明了一种规范违反的思想。

当然，威尔哲尔的价值关系依托于其目的行为的"目的性"（Finalität），这种观点是值得怀疑的。麦霍菲尔对此提出了批判："这没有在该范围内合逻辑地推导出'人'的不法概念，而是主观的不法概念。这一概念只因没有在不法之外介绍所谓的责任的'规范'内核，而没有区别于过时的主观不法理论。"他认为，威尔哲尔没有彻底地坚持自己的观点，因为以"目的性"为内核的"'人'的不法理论"应是主观理论，他却又"突然"地考虑到"属于他人领域（客观）的要素：行为人的客观注意义务态度"⑤。麦兹格也认为，"普遍的法律效力是不可能被目的论者所理解的"，因为仅从主观的行为无价值出发是不够的，更多地应该考虑不法的客观要素方面的问题。⑥ 齐林斯科（Zielinski）也提出了批判，他认为，将"目的确定"（Zielsetzung）与"有意义的志向"

① Welzel, Zitiert von Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 73.

② Welzel, ZStW, 60. S. 447.

③ Welzel, Vgl, Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 72.

④ 威尔哲尔语。马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社1996年版，第340页。

⑤ Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 145.

⑥ Mezger, Zitiert von Krauβ: Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, ZStW, Bd. 76, 1964, S. 41 ~ 42.

(Sinnintentionalität)不加区分"终究会出问题，只要刑法上不法理论的结论是从行为的意义倾向推导出来的，且调整目标、志向的'目的性'（作为违法的）受意义所调整，就应作为指向动机的价值（作为责任的）而得以提出"。威尔哲尔因不能区分作为违法价值内容的"目的性"和作为责任内容的"违法性认识"而混淆了不法与责任的界限。①

客观的行为无价值论主张，行为无价值应为对客观义务的违反。齐佩鲁斯(Zippelius)认为，规范是客观而普遍有效的，但在具体情况下表现为具体的义务，如"不准朝人开枪"的义务。正因为如此，只有在具体情况下才能判断行为是否违反义务，义务对行为人有"方向标"的作用，行为人要实施合法行为，只需遵守具体的注意义务就够了。② 穆茨贝格（Münzberg）认为，为了遏制法益侵害的结果，立法者必须重视决定规范。决定规范给个人赋予了客观义务，即"客观应当（Sollen）的需要"。违法性就是指行为人违反了客观的义务，这种义务违反不依行为人的态度来揭示，而应在事前按照行为的结果性(Erfolgsgeeignetheit)来客观地进行判断。所以，对违法性而言，起决定作用的是义务违反的行为，而不是结果的出现。③

这种观点因没有考虑人的不法性而受到批评。齐林斯科认为，以具体的客观注意义务来说明规范的内容是不可理解的，"因为它没有以可理解的方式告知规范接受者，什么当为（或不当为），而且它只局限于事后观察者或法官的认识，而没有按照必然要求联系到规范接受者的认识"。④

波恩学派根据规范接受者的情况来界定不法，认为，法律规范虽有普遍效力，但并不意味着对所有法律接受者都无一例外地赋予义务，规范只对具有"理解和实现行为决意"的能力者具体化为义务，因此，不法并非是对普遍规范的违反，而是对具体义务的违反，"不法"就是违反了"应当规范"（Sollen)。"单纯实现首位价值的内容，即法益对象的侵害，而同时没有反价值的行为，并同样称之为不法，这是可能的，但是在刑法上并无意义。因为这种不法

---

① Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 75.

② Zippelius, NJW, 1957, S. 1707 ~ 1708; Zitiert von Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 26 ~ 27.

③ Münzberg: Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt, 1966, S. 93 ~ 110.

④ Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 122, 148.

与（决定）规范没有直接联系，不能从法律命令的未完成中推导出被决定的行为（即行为的价值内容或‘次位的价值内容’）。”“刑事不法是实现了次位价值评判的内容，即只有目的行为才是不法的。”也就是说，刑事不法是违反了规范的禁止或命令，“目的使规范具有促使规范接受者实施被决定行为的可能性”。“决定规范也只有一个目标，即实现次位价值评判，禁止不当为的行为，命令当为的行为。”“如果规范仅限于告知应当（Sollen）的行为而描述必需的行为样态，那么二者（目的性和违法性意识）就可以严格加以区分。”①

这种观点揭示了规范接受者的具体义务内容，但问题在于：以这种具体的义务违反作为不法的本质，可能“导致放弃了客观义务违反的概念，而进一步为不法的主观化”②。因为这种具体义务是根据个人能力来确定的，必须考虑行为人是否认识到其行为的违法性并具有控制该行为的能力才能确定具体的义务，如有人以白糖当做砒霜杀人的行为，从客观上很难确定他有违反注意义务的行为，如果不考虑结果无价值内容，最终定案的根据可能就只是主观的不法内容。

真正的“人”的不法理论认为，不法应为对人与人之间关系的破坏，即对精神、伦理义务的违反，这才是人的不法本质。这种义务以信任为基础，用以维持社会共同生活，以致构成社会秩序和法秩序的基础。他们认为，保护社会仅通过无成效的法益保护是根本不可能达到的，必须通过“加强社会联系”，“确保社会伦理的行为价值”，才能最终达到目的。奥托（Otto）由此得出结论：“刑法最深层的任务是……积极维护社会伦理。”③ 不法分为两个方面：一个是“客观地损害了共同价值”，称为“形式的行为无价值”；另一个是与“形式的行为无价值”相对的概念，即“实质的义务违反”，也称为“人的不法内容”，它“表现为对共同体关系的破坏”，并以损害“内在信任关系”作为不法的中心环节。④ 因为对规范的伦理化理解，其不法的本质也具有更浓厚的主观化色彩。他们认为，不法是对构成人之间内在联系基础的“信任”的损害，这种损

① Armin Kaufmann: Normenthoerie, S. 126, 127, 139; Vgl, Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 32.

② Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 29.

③ Otto: Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW, Bd. 87, 1975, S. 558 ~ 563.

④ Hardwig, Zitiert von Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 113 ~ 114.

害只要具有“违反共同体的意念”（Gemeinschaftswidrige Gesinnung）就够了，因为这种“意念”首当其冲地损害了“以道德为基础的义务”。由此可见，这种观点除了具有本书第二章中所提到缺陷——如将法律秩序与伦理秩序相混淆——以外，更重要的是“又回到了迈克尔和霍德·冯·费勒克（Hold. V. Fereck）的主观不法概念之中”①。

与德国一样，日本刑法理论中的规范违反说也经历了从主观不法理论到客观不法理论的过程。②

主观主义论者牧野英一认为，违法“乃行为之反常理性。换言之，即行为违反公序良俗之谓也”。

客观主义论者小野清一郎认为：“所谓法，不管怎样，总是以维持国家的、国民的正常生活的外部秩序与和平为目的而制定的。这个目的，构成了法本身的特殊素质。我们可以把这一点叫做法的外部性（与道德的内部性相对应）。与此同时，它又要求法是伦理性的、道义性的。所以，法又是国家与公共秩序的伦理”③，违法就是行为违反国家和公共秩序的伦理。

泷川幸辰则认为，“所谓违法性，即违反国家所承认之条例也”。

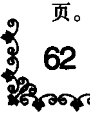
团藤重光较全面继承了小野清一郎的学说，认为：“所谓在实质上违反整体法秩序者，即系违反成为法秩序的基础之社会的伦理规范也。”其行为无价值论就是建立在这一规范违反说的基础之上的。

从上述分析可以看出，行为无价值论的规范违反说是从传统的客观不法理论发展而来的观点，不应归于主观不法理论的阵营。规范违反说是从法秩序入手对违法性进行的理解，把违法的标准或者单纯理解为一种规范，或者理解为具体的义务，或者理解为伦理，这几种观点各不相同，惟有法秩序概念才能将其统摄起来。有论者将规范违反说仅仅理解为伦理违反，并以此展开对行为无

① Christos Mylonopoulos：Über das Verhältnis von Handlungs－und Erfolgsunwert im Strafrecht，Carl Heymanns Verlag KG，1981，S. 119.

② 洪福增：《刑法理论之基础》，三民书局1977年版，第140～141页。

③ ［日］小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社1991年版，第17页。



价值论的批判,[①] 应该说是对规范违反说的误解。我国也有学者指责规范违反说是主观不法理论的观点，这也是不对的。

刑法存在于社会之中，对规范社会秩序有一定的积极作用，这种积极作用通过两个途径来实现：第一，是刑法规范本身的告知功能；第二，是刑法规范适用所带来的社会影响。

通过上述分析可以看出，规范违反说所理解的“不法”并非仅指字面上的“违反规范”，而是指对规范积极作用（即“应当”）的损害。这种积极作用或者被理解为一种命令或禁止规范，或者被理解为具体的义务，或者被理解为伦理，不管如何理解，它们都有一个共同的特点，即都是对规范接受者的主观动机的作用。鉴于此，理论上批评规范违反说是一种主观不法理论，如故意杀人罪，盗窃罪等，如依据规范违反说来解释其处罚根据都容易陷于主观不法的理论逻辑之中。

但是，完全把规范违反说等同于主观不法理论是不恰当的。在某些犯罪中，我们考虑规范违反时，不仅要考虑主观的不法意图，还要考虑客观的行为样态，而不需要考虑具体的利益侵犯，如背叛国家罪，赌博罪等，而且仅仅考虑规范违反就可以说明其主要的不法内容。

所以，规范违反说在适用面上的正确性是相对的，虽不能将其适用于所有的犯罪，但也不能在所有犯罪中把它排除在外。

从价值取向看，规范违反说主张的是一种积极的刑法观。规范违反说强调的是：刑法规范是一种命令或者禁止，赋予了规范接受者以具体的义务，以发挥刑法规范的积极作用，促使人们自觉遵守法律，维护社会秩序。

坚持规范违反说，对防止一些犯罪有特别重要的意义，如风俗犯罪：赌博罪，聚众淫乱罪，盗窃、侮辱尸体罪等；再如扰乱秩序类犯罪：伪证罪，辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪，窝藏、包庇罪，脱逃罪，渎职罪等。这些犯罪中要么没有被害人，要么有较大危险，一经发生，后果不堪设想。刑法规制这些犯罪，着重点并不在于事后的处罚，而在于事前的防范，因为事后处罚往往难以弥补犯罪所带来的损害，难以安慰人们所受的心理创伤。

① 余振华：《刑法违法性理论》，元照出版有限公司2001年版，第82页；［日］平野龙一：《刑法机能的考察》，有斐阁1975年版，第16页；［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2002年版，第54～55页。

对于这些犯罪，就应该发挥刑法规范命令和禁止的功能，督促可能犯罪的行为人遵守法律，不得实施禁止的行为。

二、法益侵害说及其批判

结果无价值论一般认为，不法的本质是法益侵害。

法益概念最早由德国学者毕尔鲍姆（Birnbaum）提出来。1834 年，他发表了《论与犯罪概念相关的权利侵害的必要性》一文，文章提出，犯罪本质上是侵犯了法律所保护的“利”（Gut），即“从事物本性看应作为犯罪或者依理性国家要求看应受处罚的根据是，对于‘利’的侵害或者威胁”。他对“利”的界定是“法律上应归属于我们的利”或者是“应由法律规定所保护的利”，这种“利”的概念不仅包含了个人的“利”，而且包含了社会秩序，如民族对宗教、道德确信的总体，即属于“公共的利”。这样，法益概念就定位在抽象的意义上，在解释论上有较强的理论张力。

但是，主观不法理论者迈克尔仍认为毕尔鲍姆的“利”的概念有失狭窄，主张扩展其概念，使之超出法律意义，而置于“构成社会秩序、社会生活的特殊‘力’”的意义上。[①]

而直接把法益概念应用于刑法解释论中的，首推宾丁和李斯特。

因宾丁主张规范违反说，所以法益概念在其不法理论中处于附属地位。“立法者要探究人、物、状态等健全的共同生活的事实的诸条件，探究导致攻击的诸条件，再进一步探究直接的保护欲求的客体，这便是规范的保护客体，这种保护客体称为法益。”[②] 因其法益概念是一种与规范相关的状态，所以也称为“状态说”。这里，法益由立法者主观地加以确定，只要其认为有必要，就可以在刑法中设置法益。他反对抽象的法益概念，因为抽象概念，如国家、公共秩序、道德等外延过大，没有确定性，在实定法中加以规定并无太大的现实意义，所以这些抽象概念都应该分解为具体的法益。

李斯特则将法益作为刑法的基本概念。他提出形式违法性与实质违法性的概念，形式违法性为“对国家规范的违反”，实质违法性为“侵犯法律所保护

---

① ［日］伊东研祐：《法益概念史的研究》，成文堂 1984 年版，第 69 页。

② 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 31 页。

的利益”[①]。法益有两方面的含义：一方面，“所有的法益，无论是个人的利益，还是集体的利益，都是生活的利益，这些利益的存在并非法制的产物，而是社会本身的产物”。这样，就将法益概念根植于社会生活之中，而非纯粹的实定法概念或理论概念。另一方面，“法律的保护将生活利益上升为法益”。这样，法益概念就不仅有了社会基础，而且有了法律根据，不仅有实质的依托，而且有形式的表现。所以，李斯特的法益概念具有双重性，侧重点在于“生活利益”，理论上也称为“利益说”[②]。

因为李斯特未考虑行为对文化规范的违反，所以对于不法中抽象的价值，如社会风尚、国家目的等没有给予合适的说明，不得不对“法益”概念进行抽象化处理。他说：“法都是为了人而存在的。人的利益，换言之，个人的及全体的利益，都应当通过法的规定得到保护和促进。我们将法所保护的这种利益叫做法益。”[③] 基于这种思想，他将法益分为国家法益、社会法益和个人法益三类，后来几经思想反复，对法益的分类先后采取过二分法、三分法等，其个人法益为具体的法益，而国家法益或社会法益则均为抽象法益。到施密特修订其教科书时，最终放弃了李斯特的这些分类法。

李斯特后来也考虑到法目的对不法的意义。在《德国刑法教科书》的第24版中，他把实质违法性修改为：“实质的违法性，乃系违反规律社会生活之法秩序的目的而侵犯法益或使之危殆化。”[④] 即有折中法益侵害说与规范违反说的倾向。在施密特修订《德国刑法教科书》以后，“法益侵犯”的字样在违法性的定义中不再存在，而变成“实质违法是指危害社会的行为”，这就具有了社会不法理论的色彩。[⑤]

此后，霍尼希（Honig）和休委格（Schwinge）更进一步对法益概念进行了精神化理解。霍尼希主张，法益概念应该看成是刑法规定中所包含的立法目的这种观念性的东西。休委格也认为，法益是刑法解释和概念构成上的指示。“从刑法学和刑罚法规的‘保护客体’或称‘法益’出发，整个刑法在‘法益保护说’的观点之下加以考察的场合，刑罚法规的固有意义及其立法者所承认的目

① 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年版，第40页。
② ［德］李斯特、施密特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第4页。
③ 同①，第36页。
④ 洪福增：《刑法理论之基础》，三民书局1977年版，第240页。
⑤ 同②，第201页。

的，就通过法益这一最简洁的定式表达出来。所有预告刑罚的法规，都是为了努力预防对法的生活上的重要价值的侵害或者威胁，保护客体的概念不过是法律学的思维对各个刑罚法规的意味与目的进行压缩的形式来把握的范畴的统合。”“保护客体只不过是特殊法律学的概念构成的产物，或者说，保护客体（法益）本身是不存在的，只有当将共同体价值作为刑罚法规的目的客体纳入视野时，保护客体才获得生命。”[①] 这样就给法益概念赋予了立法目的和价值的意义。这种法益概念因过于抽象，与规范无异，并不能体现出法益侵害说与规范违反说的理论差异，“对犯罪具体内容的规定而言并没有多大的实际的助益”[②]。

麦兹格承袭了宾丁的“状态说”，将保护客体理解为“法律所保护的状态”和“法律所不允许的状态”[③]。其所谓的“法律所保护的‘利’（Gut）”除了一般的“法益对象”（Rechtsgutsobjekt）之外，还包括事情经过（Vorgänge）、行为、意志活动等与被保护对象有特殊关系的内容。他认为，法律不仅能保护法益对象，而且还能防止特定的侵犯方式。[④] 这种广义的法益概念与其复杂而矛盾的客观不法理论是同声共气的，所以招致了一系列的批判。[⑤]

法益概念在行为无价值论中也有一定的市场。威尔哲尔反对将不法的本质限定于法益侵犯之中，他批判法益侵害说时指出：“由于社会的复杂化，在日常生活中，如果不伴随任何法益侵害，就不可能生活。因此，如果将所有的法益侵害结果的发生作为违法予以禁止，社会就会停滞。”[⑥] 他还指责结果无价值论的法益侵害说是“静止的、无变化的博物馆世界”，没有应时、应境的发生调整。他认为，只有立足于行为无价值论，机能地理解法益概念才是合适的。他提出了富有生机的法益概念。他认为，“法益的存在是功能性的存在，这意味着，它在社会联系中产生作用并且被作用”，法律的世界是一个生活的秩序，生活需要不断地使用、损害和牺牲“法益”，以维护整体目的，以促使和获得新的“法益”产生。法律规制着各个具有社会重要性的对象（法律上有意义的对

---

① 霍尼希语。[日] 伊东研祐：《法益概念史的研究》，成文堂1984年版，第123页。

② [日] 大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第5页。

③ Vgl, Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 45.

④ Mezger, ZStW, 57, S. 697.

⑤ 参见本书第二章第二节第三点。

⑥ 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年版，第90页。

象，即为“法益”）之间不断的融合、互利、对立和互相超越，只有对利益世界的侵犯，如偏离秩序、打破社会联系，才是本来的“法”的利益的侵犯。[①]

阿明·考夫曼则将法益概念提升为行为无价值的上位概念，理解为抽象的价值。他认为，保护法益是刑法的最终目标和任务，法益是价值体系的顶端和根本所在。齐林斯科也认为，“在价值体系中，被法秩序所承认和应予保护的法律价值——即所谓的法益——得以规定下来。法益是价值评判的标准，对社会范围内具体对象和状态的肯定的首要评价都是以法益为根据的”。与法益相对的概念是法益对象（Rechtsgutobjekt），后者在对具体对象和状态的价值评判中是法益的具体化。[②]

日本的结果无价值论也主张法益侵害说。平野龙一虽继承了小野清一郎的客观主义犯罪论，但并没有肯定其道义非难的观点，相反批判了团藤重光在违法性判断中重视道义、伦理秩序的观点，并认为：“在现行宪法下，我国（日本）采用结果无价值基本妥当。”“这里说到法益侵害的时候，不只是指现实的侵害，也包括侵害的危险。”[③] 平野龙一的学生前田雅英也认为：“国民利益受到侵害是违法性的根本点。因此，违法行为应定义为‘导致法益侵害或者威胁（一定程度的可能性）的行为’，法益，是指应当由刑法加以保护的利益。”[④]

我国也有学者主张法益侵害说。如有学者认为：“我们就必须对构成要件进行实质的解释，即以行为对法益的侵犯为核心来解释构成要件。”“法益，是指根据宪法的基本原则，由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益。”“其中由刑法所保护的人的生活利益，则是刑法上的法益。”[⑤]

上述诸种观点大致可以分为两类：一类是精神化、抽象化的法益观，另一类是具体的生活利益观。

结果无价值论的理论根据是自由主义和保护人权的思想，故该理论主张以“法益”概念来限定刑法的处罚范围。但是，从德国的李斯特、麦兹格到日本的平野龙一、前田雅英，都对法益概念进行了精神化的理解，这就使得法益的

① Welzel, Vgl, Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 71.

② Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 123.

③ ［日］平野龙一：《刑法机能的考察》，有斐阁 1975 年版，第 16～17 页。

④ ［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会 2002 年版，第 54 页。

⑤ 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 338 页、第 167 页。

界限并不清楚，难以明确限定刑罚处罚的范围，这实际上已经背离了结果无价值论的初衷。平野龙一对此也感到十分矛盾，他承认："法益概念的确不能说是很明确，尤其是从德国的法益理论史来看，特别在战前出现所谓的'法益概念的精神化'思想，例如，处罚同性之间的性行为，这时如果问到损害的法益是什么，只能回答是'性的伦理'；再如不能犯，采用极其主观的见解，被侵害的法益只能说是'法的妥当性'。"另外，威尔哲尔认为，法益概念应当限定为更加具体化、客观化的东西。这个观点本身没有问题。但是，他在限定法益概念的时候，又认为没有法益侵犯也成立犯罪，只要具有行为无价值才成立犯罪，这使得限定法益概念变得没有意义。这样，结果无价值论的法益侵害说面临着两难境地：要么接受法益精神化的概念，要么放弃法益侵害说，从而放弃结果无价值论。最后，平野龙一只得接受"精神化"的法益概念，认为："这是为了维护'犯罪是侵害法益'这一基本命题，与达姆（Dahm）等人否定该命题而主张'犯罪是义务违反'的思想所作的抵抗努力。"此外，平野龙一教授还批判了将法益概念客观化理解的观点："最近，德国有主张结果无价值的青年学者批评纳粹时代法益概念精神化，但这是对法益史的错误解读，结论是不正确的。"①

平野龙一教授只能在两难中选择了"法益概念精神化"的观点。但是，如果法益概念可以精神化、抽象化处理的话，那么法益侵害的内容中，即结果无价值论的不法本质中，就不仅包括观念要素（如不能犯中所侵犯的"法的妥当性"），还包括了主观要素（如麦兹格法益概念中的"意志活动"），这样结果无价值论就变相承认了专属于行为无价值论中的"志向无价值"（Intentionsunwert）。不仅如此，而且其法益概念中还包括了行为样态、方式、事情经过等内容，这样就无法将行为无价值排除于不法之外。归根结底，结果无价值论将法益概念进行精神化处理后，虽勉强维持了"犯罪本质上是法益侵害"这个命题，却不得不放弃其结果无价值的立场。

三、折中说及其批判

二元的不法理论折中了规范违反说与法益侵害说。

---

① ［日］平野龙一：《刑法机能的考察》，有斐阁1975年版，第22～23页。

首先值得介绍的是社会不法理论的观点。麦霍菲尔认为："不法有由个人引起的方面（即个体的方面），也有其作用于相关他人的方面（即其社会的外在方面）……如果着眼于侵害者的方面，那么行为的无价值考察就会推导出法规范的思想，不法就表现为违反行为规范，即规范违反；如果着眼于被侵害者的方面，那么同一行为的无价值考察就会推导出法益的思想，相应地不法就被规定为对生活利益的损害，即法益损害。""不法自始同样既是规范违反又是法益侵害。"① 李斯特的《德国刑法教科书》几经修订，到施密特那里就走上了折中的道路，其实质不法理论相应地变成了"只有当其违反规定共同生活目的之法制时，破坏或危害法益才在实体上违法"。②

施密特与麦霍菲尔对规范和法益的界定分别有所不同。麦霍菲尔的"规范"概念是："这一行为规范或者是从既定的文化秩序（文化规范）的基本规范中提炼出来并以法律制裁来保障的规范，或者是在法秩序本身的范围内所找到的规范。"其中，包括了成文法规范和不成文法规范。③ 而施密特的"规范"概念则是指"制定共同生活目的之法制"，具体而言，指"法制目的和人类共同生活目的"，不仅强调了维护共同生活秩序所需要的规范，包括道德、习惯、公序良俗等文化规范，还强调了立法者的价值取向和目的，这种规范是独立于行为人意志之外的规范，不是以禁止和命令形式出现的主观规范。麦霍菲尔所指的"法益"概念是"生活利益"，虽然是"处于刑法构成要件背后的指导价值"，但在不法中却是"具体情况下的现实利益"④；而施密特的"法益"概念从李斯特开始经过了具体化——抽象化——再具体化的反复，最终又还原为具体的"生活利益"⑤。

也有二元的"人"的不法理论仍然将"规范"理解为"禁止或命令"。儒多菲（Rudolphi）认为，"行为无价值"就是"志向无价值"，即对规范命令的不服从，具体而言，是"行为决意"与"规范劝诫"之间的意志冲突，行为人

① Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 142.

② ［德］李斯特、施密特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社 2000 年版，第 202 页。

③ 同①。

④ Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 150 ~ 151.

⑤ 同②，第 4 页。

违反了行为规范。[①] 因为他对规范的理解走上了主观不法理论的道路，所以他对结果无价值的理解就相应出现了问题。他否定了结果无价值论的法益权衡的观点，如“在意欲的事态无价值中，自始涉及刑法构成要件中更详细规定的法益侵害或威胁，这种法益侵害或威胁在其无价值内容中没有与价值更高的对立利益相权衡”。[②] 以这种观点来解释偶然避险，就会得出犯罪既遂的结论，这就与主观不法理论没有什么两样。不仅如此，他对“法益”概念的解释又走上了抽象化的道路。他认为：“实质的法益概念是以立法之前对立法进行约束的价值观为基础，从实定法的各种刑罚规定中解放出来而构成的场合。”法益是一种有“行为支配可能性”的东西，包括“根植于社会价值中的确信”。[③]

这种法益观与其行为无价值理论是密切相关的。因为其行为无价值实际上是志向无价值，行为样态、方式等客观要素都被排除在行为无价值之外，相应就只有归于结果无价值所讨论的内容，即“事态无价值”（Sachverhaltensunwert），如果不将法益概念抽象化处理，显然难以容纳这些客观的行为要素。倒是持类似观点的吕德森（Lüderssen）更坦率，干脆把行为犯的“行为实施过程”、结果犯的“确定的、超越纯粹活动的事件”都视为法益的内容。这种法益观与结果无价值论的观点颇为相似，其志向无价值的观点亦与古典的不法理论的责任论相似，所以，上述结论的得出并没有显得突兀。只是这种观点又面临与古典的不法理论相同的问题，不得不为自己进行不停的辩解。

通说的二元的不法理论认为，不法的本质包括“人的不法”和“物的不法”两个方面。“人的不法”，是指行为人违反了规范，即一方面“违反了规范命令”，另一方面不符合应当的“客观的行为人特征”所要求的义务。这种“客观的行为人特征”是对特殊的行为人主体所要求的特征，相应有一些特殊的客观注意义务，“行为人因表明特定义务的客观特征，被限定在一个狭窄的行为人范围内”[④]。“物的不法”则是以因果事实为基础的法益损害。耶塞克虽然对“法益”的界定是抽象化、精神化的将其理解为法秩序所保护的价值，但是

① Rudophi: Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für Maurach, 1972, S. 65.

② 同①。

③ ［日］伊东研祐：《法益概念史的研究》，成文堂 1984 年版，第 362～363 页。

④ ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 297～301 页。

他所主张的结果无价值的"结果"却仍为具体的"法益对象"概念。[1] 所以，通说的观点基本弥补了规范违反说、法益侵害说、社会不法理论以及志向无价值理论的缺陷。

日本的二元的不法理论也"把实质的违法性解释为违反国家、社会的伦理规范，对法益的侵害或威胁"。"作为违法性的判断基础的社会伦理规范"是"随着社会而变动的"，故而在判断具体违法性的时候，依"现在的时点上进行确实的判定"。具体而言，规范违反是"法官只能按照平素所培养起来的良识，根据当时时点上被认为是具体社会的一般观念的东西，来解决担当的事件"[2]。

依据这一理由所得出的结论，即规范违反是"社会伦理规范"的违反，是否正确，尚值得商榷，至少涉及如何区分"法律"与"伦理"的问题。[3] 大塚仁教授也承认法定犯的反伦理性较弱甚至没有，那么如何解释其反伦理性，就会出现麻烦。

大塚仁对法益侵害的理解也颇有折中的色彩。他认为，关于法益侵害，"在很多情况下只考虑结果，尚不能明确犯罪的性质"。"对法益侵害的样态也加以考虑的时候，是可以理解大部分犯罪的性质的。"[4] 且不论其观点本身是否正确，这种对法益侵害进行折中的理解本身就是有问题的。因为，既然承认违法性本质包括规范违反和法益侵害两个方面的内容，行为样态一般就应属于规范违反中考虑的内容；如果认为行为样态还包括在法益侵害中的话，这就意味着其在结果无价值中还要进行一次考虑，这是多余的，而且在理论体系上也不清楚。

野村稔持二元的不法理论。他认为，违法性判断应"将以法益侵害为核心的行为本身的违法性和纯客观的事后的判断密切相连的结果的违法性分开"。违法性中包括规范违反，即"义务违反也能成为其中（违法性）的内容之一"。但是，这并非纯粹的规范违反，因为"即使在这种场合，刑法规范也还是为了保护生活上的利益而存在的。因而，不能认为完全是从法益侵害的危险性独立

---

① ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 10 页。

② ［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 116 页。

③ ［日］平野龙一：《刑法总论》（Ⅰ），有斐阁 1975 年版，第 43 页；［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会 2002 年版，第 53 页；Christos Mylonopoulos：Über das Verhältnis von Handlungs－und Erfolgsunwert im Strafrecht，Carl Heymanns Verlag KG，1981，S. 120.

④ 同②，第 5 页。

出来的义务违反性就构成行为本身的违法性实体”。所以，其理论核心在于：“刑法规范并非是对于从前的社会伦理秩序予以保护，它只是对人们在以独立的人格进行社会生活的过程中必要的而且是主要的生活利益予以保护。”① 因此，严格说来，“野村稔教授的思考不是二元论，而是结果无价值的一元论”②。

川端博也持二元的不法理论。他认为：“为了事前防止法益侵害，法律秩序乃禁止或命令一定的行为。”违法性中既包含“法益侵害”又包括“义务违反性”。与大塚仁教授不同的是，川端博认为：“不法中心乃‘价值’秩序之破坏或侵害，而非违反‘社会伦理秩序’。”这对于打破“行为无价值 = 刑法伦理化”之图式是有意义的。这一点固然无可非议，但是，他将行为无价值与结果无价值的对立理解为主观不法与客观不法的对立，如“倘对‘行为’不法应仅考虑纯‘主观’，则形成仅重视实行禁止行为之一面。亦极有可能形成仅意味着具有违反不得实行一定行为的‘义务’之事实。然而，只要将结果无价值解释为不法构成要素，则仅重视行为人之‘主观’并非妥当”。③ 这种观点没有揭示行为无价值的客观内容，仅将行为无价值等同于志向无价值，与儒多非（Rudolphi）的观点异曲同工，也不值得提倡。

二元的不法理论承认不法本质包括规范违反和法益侵犯两方面内容，这应该予以肯定。因为：

（1）从字面上看，不法首先在形式上必须违反法律，否则不能称为不法。而形式的法律背后，还存在文化规范、伦理规范以及法秩序整体等内容，这些都与法律相关，可以统称为规范，所以，规范违反是从不法的规范逻辑结构上进行的考虑。从犯罪本质上看，德、日刑法理论通说认为，犯罪的本质是法益侵犯，不法是犯罪成立的要件之一，当然也应含有法益侵犯的意义。

（2）从刑法机能上看，刑法具有规制犯罪、保护法益和保障人权的机能，这些机能都是作用于生活世界的。既然刑法能够规制行为，那么认定刑事不法就必须考虑行为人的可规制性，行为人必须有能力接受规诫、遵守法律，否则将其规定为犯罪并以犯罪论处是没有意义的。当然，只有主观的不法，而没有

---

① ［日］野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社2001年版，第157～158页、第166页。

② ［日］平野龙一：《刑法机能的考察》，有斐阁1975年版，第18页。

③ ［日］川端博：《刑法总论二十五讲》，余振华译，元照出版有限公司1999年版，第127～128页。

现实的不法行为，根据依法治国精神，也不应该被认定为不法。不法的成立，除了有主观不法要素之外，在客观上还必须有所表现，这就是行为与结果，事后的裁判一般以行为人的客观表现为根据。从保护法益的机能看，刑法必须为生活世界服务，使生活利益免受侵害和威胁，当某种行为构成了对生活利益的侵害或威胁，就具备了社会危害性，社会危害性是刑事不法的事实特征。所以，法益保护不仅是刑法的目的，法益权衡也是认定刑事不法的根据之一。

（3）从理论上看，德、日刑法理论中构成要件是行为事实、违法性和有责性的类型。构成要件中包含有主观要件和客观要件，如果主张结果无价值论，在违法性中仅考虑客观的不法要素，主观的构成要件在违法性中就找不到自己的位置，构成要件就不可能是完整意义的违法性类型。反之，如果主张行为无价值，仅考虑违法性中的行为样态、种类及主观要素，那么在以危害结果为构成要件的犯罪中（如过失伤害罪与过失致人死亡罪），构成要件也不能发挥其类型化的作用。

所以，在不法评判中，不能不考虑规范违反和法益侵犯两方面的内容。

四、本书的立场

考虑到规范违反说与法益侵害说本身的缺陷，笔者认为，折中这两个学说应该是理论上的扬弃，能够克服其各自的局限性，否则，不仅不利于解决问题，反而会带来判断上的混乱。下面对几个问题逐一进行论述。

（一）“规范违反”不仅是指违反决定规范，而且还指违反评价规范

主观不法理论与某些行为无价值论对“规范违反”的理解仅限于违反决定规范，这是一种误解。行为无价值包括主客观两个方面，行为人在主观上违反决定规范，称为“志向无价值”（Intentionsunwert），行为违反客观注意义务、违反社会相当性，称为“行动无价值”（Aktsunwert），后者须事后进行评价，也违反了评价规范。即从行为无价值的角度看，规范违反应包括违反决定规范和违反评价规范两方面的内容。下文还会进一步论述这个问题。

（二）规范违反并非仅指违反伦理规范

有结果无价值论者把“规范违反”理解为违反伦理秩序，并以此抨击行为无价值论。其实，将“规范违反”解释为“违反伦理秩序”者，只是一些行为无价值论者的观点，如德国的威尔哲尔、日本的团藤重光等，相当一部分学者

并不这样理解，如波恩学派、客观的行为无价值论、通说的二元的“人”的不法理论等，一般的解释是“不服从规范的禁止或命令”，这种“禁止或命令”，或者被理解为刑法规范①，或者被解释为“成文法规范”②，不一而足。总之，规范违反并不等于违反伦理秩序。德、日刑法理论最近的通说已经澄清了这种观点。③

虽然如此，也不意味着刑法规范能够真正远离伦理道德。

意大利犯罪学家加罗法洛将“自然犯罪”定义为：“对怜悯和正直这两种基本利他情感的伤害”的犯罪。④ 自然犯罪占刑法中的大部分。对这类犯罪的评价一开始就带有浓厚的伦理道德色彩，在立法时，不考虑其道德色彩，不足以把握犯罪的社会危害性；在司法中认定行为人主观罪过时，不考虑其伦理色彩，不足以了解行为人的违法性认识；在量刑时，不考虑其反道德性，不足以获悉社会公愤；在执行时，不考虑其伦理性，不利于树立罪犯的赎罪思想及坚定其改恶从善的决心。而且，“法与时转则治，治与世宜则有功”（《韩非子·心度》），因伦理道德具有变易性，为了维护刑法的稳定性，将稳定的刑法按照变易的伦理道德来解释、适用，有利于永葆刑法规范的生命力。

即使是法定犯，虽未必违反伦理道德，但也不能忽视其规范违反和行为无价值。

法定犯“是为了维护行政上的秩序，通过科以刑罚制裁强制人们履行一定的行为，是刑罚法规规定为犯罪之后，才开始成为犯罪的”。⑤ 因为其行政目的性，所以较少要求伦理基础。因为这类犯罪不具有社会法律心理的基础，所以，对其社会危害性认识须依行为人对法律规定的认识来确定，行为人无违法性认识，也就没有社会危害性认识。当然，对法定犯要求违法性认识不会放纵犯罪，也不会增加司法操作的难度。因为，法定犯一般是针对特定主体而言的犯罪，其规范是对群体的要求，而非仅对个体的决定，那么判断违法性认识就只需以群体认识可能性为标准进行客观判断即可。这也是一种客观标准，不允许个体的人以不知法为借口为自己开脱罪责。相反，对此类犯罪，法律还迫使相关行

---

① Stratenwerth: Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für Schaffstein, 1975, S. 185.

② Diethart Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 126.

③ ［日］川端博：《刑法总论二十五讲》，余振华译，元照出版有限公司 1999 年版，第 128 页。

④ ［意］加罗法洛：《犯罪学》，耿伟、王新译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 44 页。

⑤ ［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 19 页。

为人了解相关的法律规定，并赋予他们一种特别的守法义务。如在我国部分危害公共安全罪中，违规制造、销售枪支罪的犯罪主体负有特定的遵守枪支管理规定的义务，重大飞行事故罪的行为人主体也有特定的遵守航空法律、法规的义务，铁路运营安全事故罪，交通肇事罪，重大责任事故罪，重大劳动安全事故罪等，行为人都相应负有特定的守法义务。换言之，这些义务是对特定主体的规范意识的强化，以唤起行为人恪守职责、谨慎行事的动机。所以，构成此类犯罪，违反规范是前提条件。反言之，对行政犯而言，即使行为人导致了法益损害的严重结果，但行为人并没有违反规范所赋予的义务，行为人也不应承担刑事责任。以交通事故为例。若肇事者不是司机，而是受害人，该司机就不应当构成交通肇事罪。因此，由否定行政刑法的伦理性进而否定行政犯罪的规范违反性，是不合适的。

另外，法定犯与自然犯之间可以互相转化。法定犯经过刑法明文规定后，随着法律的实施，也会构筑一定的社会法律心理，久而久之，法定犯也具有了一定的社会伦理性，如转化为职业道德、行规之类的东西，到时，法定犯的规范违反就可以完全被这种伦理义务的违反所代替。反过来，这种伦理义务对于强化秩序、促进守法也能起到积极作用。

（三）对法益概念的反思

从上面对行为无价值论和结果无价值论对法益概念的解释看，多数学者主张抽象的、精神化的法益概念。

而且，从晚近的研究成果看，这一局面并未得到改观。如德国学者拉姆帕（Lampe）认为，法益以文化价值为基础，文化价值以个别的需要为基础，如果个别需要在社会中占优势地位，就具有了文化价值，如果认为对这种文化价值的存在性有必要进行法律保护时，它就上升为法益。[①] 阿默伦（Amelung）认为，既然坚持“刑法的保护客体是法益”的观点，那么，一方面，应将作为规范本身的道德排除在法益概念之外，另一方面，对动物、环境等价值，虽非出于自由主义的考虑，但只要应由规范来保护，就都可以成为法益。法益的实体就是社会赋予价值的外部客体不可能从法益论中直接获得识别社会危害性的实质基准，只能以社会系统论来说明其社会危害性。日本学者植松正认为，法益

① ［日］伊东研祐：《法益概念史的研究》，成文堂1984年版，第404页。

是“法所保护的利益，它存在于规范背后的精神领域”；香川达夫认为，法益是“法律上保护的观念的对象”；佐伯千仞认为，法益是“法所保护的社会的生活利益、价值”；中野次郎认为，法益是“应当由法秩序所保护的社会生活上的利益或者具有价值的东西”。[①] 即使是集中研究法益概念的日本学者伊东研祐也认为，法益是“法或者纯粹规范的保护对象”，是“社会构成成员共同生活必不可少的条件”。[②]

这正如我国学者所指出的：“因为法益概念的精神化可能导致将宗教的、伦理的价值观本身也作为法益进行保护，从而，导致刑法干预国民生活的一切领域，扩大刑法的处罚范围。”[③]

更进一步论之，即使将法益概念精神化理解也不能解决问题。因为，如此以来，这种法益概念就会将状态、法和平（Rechtsfrieden）、秩序、国家利益等抽象的、观念的利益都全部包括在内，与规范的含义非常接近，那么，结果无价值论所谓的“法益侵犯”就与行为无价值论的“规范违反”如出一辙，失去二者在理论上对立的意义。更严重的是，承认国家法益、社会法益等抽象法益以后，大多数犯罪的保护法益就会变成复杂法益，犯罪客体也会变成复杂客体。以故意杀人罪为例。传统观点认为，故意杀人罪的犯罪客体是简单客体，即个人生命权（个人法益），如果承认国家法益、社会法益等抽象法益后，故意杀人罪同时还侵犯了国家保护个人生命权的制度（国家法益），侵犯了社会的法安全感（社会法益），如此以来，区分简单客体和复杂客体就失去意义。

但是，难题在于：如果不将法益概念精神化理解，则其又不具备对所有犯罪的违法性本质的定义力，尤其是不能犯。还有扰乱秩序的犯罪，如风化犯罪，也很难以具体的生活利益之侵犯来概括其犯罪的本质。所以，对法益概念的解释已陷于两难境地。

按照马克思主义的观点，人的本质是社会关系。法益作为法律所保护的生活利益，无论具体抑或抽象，都表明了一种人与人之间的关系，与其费尽心机地修正法益的概念，倒不如回到法益的本来含义，从社会关系的角度对利益进行理解，以法律所保护的社会关系概念来取代法益的概念，这样就直接表达了

---

① 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 136 页。

② ［日］伊东研祐：《法益概念史的研究》，成文堂 1984 年版，第 423 页。

③ 同①，第 156 页。



犯罪所侵犯的价值关系，将规范违反与法益侵犯融为一体。以盗窃罪为例。马克思指出："犯罪行为的实质并不在于侵害了作为某种物质的林木，而在于侵害了林木的国家神经——所有权本身。"[①] 作为盗窃罪的犯罪客体，"所有权"一方面表明了法律所保护的利益，即法律保护的对象；另一方面表明了规范的内容，即该权利的内涵和外延。所有权表明了国家对财产的一种保护关系，直接以之作为犯罪客体，既明确了价值内容，又限定了保护客体，且不会出现上述的悖论。反论之，如果仅将"所有权"解释为"法律所保护的利益"，就没有明确法律规范的内容，就难以将"所有权"与"占有权"区分开来。[②]

所以，笔者认为，以我国通说的法律所保护的社会关系概念来代替法益概念，理论上更为科学。

当代德国最负盛名的机能主义刑法学家雅科布斯（Jakobs）认为："刑法保护的不是法益，而是规范的有效性，社会这一形态就意味着规范联系。这不是说刑法防止的是破坏法律，毋宁是说刑法保障破坏法律（倘若它发生的话）被作为破坏法律而不是被作为某种社会上正常的事来理解。"[③] 他所主张的规范违反又代替了法益侵犯，这似乎又回到了规范违反说的起点。同时，这也反证了法益侵犯说本身的理论不足。

有学者认为，法律所保护的社会关系概念不能概括我国刑法中的所有的犯罪客体，如"刑法分则第六章的破坏环境资源保护罪，其犯罪客体是生态环境与自然资源，用社会关系来概括就显得比较牵强，用法益来概括则比较合适"。[④] 如果说环境资源保护法所保护的对象是生态环境和自然资源，这是情有可原的；而如果将破坏环境资源保护罪的犯罪客体也限于此，则是不正确的。

① 《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1972年版，第168页。

② 在日本的财产犯罪中，有"本权说"与"占有说"之争。其中结果无价值论者平野龙一教授持"占有说"，认为盗窃他人赃物的行为，侵犯了他人的占有权，而不是所有权（刘明祥：《财产犯罪研究》，中国政法大学出版社2001年版，第2页）。这一点与我国刑法理论不一致。我国刑法理论认为，盗窃罪以"所有权"为犯罪客体。笔者认为，我国通说的观点是正确的。因为从"所有权"的规范内容看，其包括占有、使用、收益和处分的权利，赃物的持有者虽然没有取得对该赃物的所有权，但是因为该持有人对赃物的所有权人负有返还或赔偿的义务，所以盗窃者虽没有侵犯持有人对赃物的所有权，却侵犯了持有人相当于该赃物价值的财产权，这也是一种财产所有权。所以，综合规范内容和利益两方面对财产犯罪的保护客体进行理解，是合理的。

③ ［德］雅科布斯：《行为、责任、刑法》，冯军译，中国政法大学出版社1998年版，第1页。

④ 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年版，第181页。

因为对于惩治环境犯罪，刑法保护的并不是环境本身，而是保护环境的制度。理由很简单，在环境资源保护制度确立之前，该行为尚且不构成一般违法行为，更不可能构成犯罪。只有环境资源保护制度确立以后，才出现了是否有必要对其进行刑法保护的问题。环境保护制度实际上是一种法定的社会关系。所以，破坏环境资源保护罪的犯罪客体仍可为法律所保护的社会关系所概括。

从法益侵犯说的出发点看，其一开始就具有自由主义倾向和保障人权的机能，所以，对法益的研究也不能背离这个出发点。对法益概念进行抽象化、精神化理解，如将不能犯的法益侵害当做一种观念上的侵害，那么即使不存在现实的、客观的法益侵害或威胁，也可以动用刑罚。这意味着法益概念已淡化了其限制刑罚、保护自由的机能，而且所谓侵害“法和平”、“法观念”等只能是司法者的主观理由而已，如果不将这些概念排除在法益概念之外，就会使法益概念失去其本来的意义，而蜕变成法目的或规范的代用品，与规范违反说殊途同归。

如果要赋予法益概念以独立的意义，就应该归还其本来的面目。毕尔鲍姆在批驳权利侵害说时提出的“法律上的利”（Rechtliches Gut），不是权利本身，而是权利的对象，是与权利保护相关的利。[①] 由此可见，“法益”的本义为法律所保护的具体的生活利益。只有在这种明确、具体、客观的意义上理解法益概念，才能彰显结果无价值论所标榜的“法律的根本使命是确保国民外部秩序及共同生活”，并具有限定刑罚处罚范围、使处罚范围明确化等作用。[②] 否则，人们就不可能通过法益概念达到明确规制犯罪、限定刑罚范围的效果。

法益侵害是社会危害性的客观体现，不涉及主观的内容。在客观意义上理解，这种社会危害性在任何犯罪中都是存在的。值得注意的是，各个犯罪实际情况不同，行为对法益的侵害程度也有所区别。如对不能犯的法益侵犯之解释，行为无价值论与结果无价值论的观点不同，结论也不同。依行为无价值论的观点，对行为的危险性进行事前、客观地判断，发现该行为对法益仍然存在一定的威胁，故而不需要对法益概念进行精神化理解，也能说明不能犯的法益侵犯；

---

① 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 18 页。张明楷沿用日本学者的译法，将“Gut”一词译为“财”，但从该词的本义、刑法上的含义及中文习惯，笔者个人认为将其译为“利”更合适一些。

② 麦兹格语。[日] 前田雅英：《可罚的违法性理论》，东京大学出版会 1984 年版，第 276 页。

而结果无价值论则认为，不能犯不存在具体的利益侵犯。再如偶然防卫，有些行为无价值论者认为，偶然防卫的不法本质是纯粹的志向无价值。如“结果在正当化事由的事实性条件客观出现、但行为人并无所知时，在整个过程中还是表明了其所为的不法。”[①] 这是不对的。从行为的时点进行事前判断，偶然防卫是存在法益侵害的。而结果无价值论认为，对偶然防卫的法益侵犯应从客观上进行事后判断，这样得出的结论是没有危害结果，因此不构成犯罪。应该说，在不能犯和偶然防卫中，法益侵犯所表达的不法内容比较稀薄，对定罪不起主要作用，而规范违反才是决定因素。但是，这决不意味着不能犯和偶然防卫中不存在客观的、具体的法益侵犯，更不意味着可以对其法益侵犯进行抽象化、精神化的理解。

我国通说认为，犯罪是对刑法所保护的社会关系的侵害或威胁。[②] 笔者认为，以“刑法所保护社会关系的侵犯”[③] 来概括规范违反和法益侵犯是比较合适的。在法秩序为国家安全、公共安全、社会风尚、国家机关正常管理活动等时，相关犯罪的不法本质侧重规范违反；在法秩序表现为生命权、财产权、名誉权等具体权利时，相关犯罪的不法本质就侧重于法益侵犯。从上述不同法秩序的侧重点可以看出，无论将不法本质片面地理解为规范违反还是法益侵犯，都是不正确的。

当然，以法益概念限定刑罚处罚的范围仍然有其现实意义。具体考虑如下：

（1）在以权利为犯罪客体的犯罪中，如无一定程度的法益侵害或威胁的结果，不宜进行犯罪化立法，更不宜定罪处刑。

（2）对绝对没有法益侵犯的案件，如迷信犯，不宜以犯罪论。

（3）随着社会变迁，原本存在的法益不复存在时，就应当相应进行一些非犯罪化处理，如投机倒把行为中的一些倒买倒卖行为，已经没有相应的法益侵犯，故而也不应定罪；而另外一些原本不受关注的法益，随着社会的发展，逐渐也应引起刑法的重视，如男子的性权利和性尊严，相应也应当考虑进行刑法保护，对一些行为予以犯罪化处理。

① Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 190.

② 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 113 页；高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社 1999 年版，第 108 页。

③ 为了论述的方便，将这种“刑法所保护的社会关系”简称为“法秩序”。

第二节 思考方法之争

在思考方法上，行为无价值论与结果无价值论也存在尖锐的对立。

一、因果论与目的论之争

（一）因果论及其批判

结果无价值论的着眼点是法益侵害的情况，其思考相应也是围绕法益侵害进行的，他们认为，只有引起法益侵害的行为在刑法上才是有意义的，不法的思考停留在这种引起和被引起的关系上，这种思考方法是因果论的方法。

最初的因果论是一种机械的方法。贝林格认为："'行为'的确定，只要表明行为人有意地（willentlich）从事某事或未从事某事就够了。至于他意欲什么，无关紧要，意志的内容只对责任问题有意义。"① 明确提出因果行为论的是李斯特，他认为："所谓行为，是对外界的有意的举动，更正确地说，是由于有意的举动使外界变更的事实，即引起变更（结果）或者不妨害变更的事实。"② 也有结果无价值论的学者主张舍弃"行为"概念的有意性，如"行为应纯粹在物理上理解为系身体的举动之样态"③。

这种行为概念，正如威尔哲尔所批判的那样，是被"干巴巴的因果关系"吸吮成一个"失血的幽灵"(blutleeren Gespenst)，了无生机，难以在刑法理论上发挥其应有的功能。在这一点上，李斯特的表述显得最具代表性，他说："任何时候，即使一个行为引起了外在世界物质上不可见但意义上可感受的改变，那么行为就存在。以法定的言论犯为例。其行为可以限定于引起空气的振动和对受害人神经系统的内在波动。"④

即使是同样持因果论的拉德布鲁赫（Radbruch）也对此提出了批判。他说："依照李斯特的观点，'侮辱'行为的概念就可以被解释为'喉头运动、声波运

---

① Beling, Grundzüge, Aufl. 1902, S. 38; Zitiert von Kargl, Handlung und Ordnung im Strafrecht: Grundlagen einer kognitiven Handlungs - und Straftheorie, Berlin, 1991, S. 489.

② 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 166 页。

③ 诺瓦科斯克语。洪福增：《刑法理论之基础》，三民书局 1977 年版，第 41 页。

④ Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Aufl. S. 107; Zitiert von Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 26.

动、倾听所引起的刺激以及大脑的反应等一系列的过程'，但这是不可想像的。"拉德布鲁赫认为，行为对外在世界所引起的影响（Auβenweltwirklichkeit）应当扩展到社会的领域，精神现象以及精神上的作用能够被理解为因果过程中原因、事实的手段和目的，所以，刑法中的行为概念应定义为，由行为人意志所引起的、导致各种"所意欲"后果的过程，所有这些后果（Wirkung）都是行为的组成部分。①

虽然这一概念将行为扩展到社会的领域，但仍将其社会影响局限于意欲和物理影响的层面，未真正把握行为的社会价值，所以仍然不能解释不作为的行为性，最后只得否定不作为的行为性。正因为如此，拉德布鲁赫的行为概念也受到了来自因果行为论内部的批判。②

结果无价值论的另一个代表人物麦兹格从价值关系上把握行为概念。他认为，刑法上的行为概念是一种价值概念，只有受因果关系评价时，才具有法律上的价值，因而应被定义为是对"法律上所不允许的状态的引起（Herbeiführung）"③。

对麦兹格的观点，也存在批评。如根据这一定义，"行为"与构成要件符合性的关系不清楚，因为其具有价值意味，所以，就不应该成为构成要件符合性、违法性和有责性的评价对象。④ 笔者认为，麦兹格的行为概念与其犯罪论体系是相关的，⑤ 上述批判并没有在麦兹格体系中进行，所以不能说是中的之论。而真正问题在于，麦兹格提出见解独具的犯罪论体系中最大特点就是将"行为"独立于"不法"加以讨论，但是其"行为"概念本身却具有构成要件所包含的价值，就使得其并没有真正的独立意义，而有同义反复之嫌。

日本持结果无价值论的平野龙一的观点与维也纳学派的诺瓦科斯克（Nowakowski）的观点相似，主张将意思要素从行为概念中逐出，而将行为定义在

① Radbruch, Handlungsbegriff, S. 68; Zitiert von Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 27.

② 麦兹格的观点。[日] 木村龟二：《刑法学词典》，顾肖荣、郑树周译，上海翻译出版公司1991年版，第111页。

③ Mezger: GS89, S. 246; Zitiert von Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 27.

④ [日] 木村龟二：《刑法学词典》，顾肖荣、郑树周译，上海翻译出版公司1991年版，第111页。

⑤ 麦兹格的犯罪论体系为"行为——不法——有责"，构成要件是修饰此三要素的价值内容，行为之所以具有刑法上的意义，就是因为有了构成要件的修饰。马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社1996年版，第165页。

“人的身体动静”的意义上。[1] 这种观点因无法解释不作为的行为性，所以不能被人所接受。

总而言之，因果论过分强调在对结果的引起意义上把握行为的概念，从而并未赋予行为以独立的意义。正因为如此，刑法中一些犯罪现象就无法以行为概念加以解释，如贝林格所谓获得理论上“最大荣誉”的忘却犯，在忘却犯中，虽然出现了结果，但行为人既无意识也无举动，所以解释此问题时因果行为论面临着难题：如果承认行为的有意性，则无法解释忘却犯的有意性；如果否认行为的有意性，则无法区分“思想犯”与不作为犯。如果赋予不作为以法律上的价值意义，则失去行为作为刑法基底的机能；而如果不赋予不作为以一定价值意义，则无法解释忘却犯的行为性。总之，如果肯定忘却犯的行为性，则无法以因果行为论来解释；如果否定忘却犯的行为性，则否定了“无行为则无犯罪”这个依法治国主义的大前提。

总之，基于结果无价值，且不赋予行为概念在刑法上以独立的意义，而欲勉强维持“无行为则无犯罪”这一定律是很难的。

（二）目的论及其批判

到行为无价值论中，才开始真正考虑行为概念本身的价值内容。但是，行为无价值论分别有两种不同的思考方法：一种是把行为的无价值内容限制于行为人主观方面的思考方法，即“目的性”（Finalität）之中，这种思考方法称为目的论；另一种是把行为的无价值内容置于行为人主体方面的方法，即“人格性”，这种方法称为人格论。为了论述的方便，这里在标题上统称为“目的论”，而在具体论述时则分别进行。

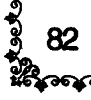
威尔哲尔是目的论的开创者。他认为，行为“是世界的整体构造中惟一的一种将特定界限内的‘盲目’事项（Geschehen）改变为‘可见’事项的意志态度，也就是说，在其因果链中进行了目的性的设定”[2]。“目的性”是“人基于因果法则的认识，在一定的目的范围内预见到其活动可能导致的结果而设定不同目的，并按照其目的有计划地、按其意思促使该目的的实现”[3]。威尔哲尔

---

① 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第165页。

② Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935, S. 65; Zitiert von Kargl, Handlung und Ordnung im Strafrecht: Grundlagen einer kognitiven Handlungs - und Straftheorie, Berlin, 1991, S. 500.

③ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, Aufl. 11, S. 28.



将具有价值内容的“目的性”纳入以“因果性”为内容的行为之中，并将这种“目的——因果性”的行为作为无价值评判的对象，虽然其能够更清楚地说明一部分行为的意识内容，但并没有如其所愿地表达出“目的性”的价值内涵，如价值根据、具体的价值内容、价值选择等，故而其“目的性”并非价值意义上的“目的性”，而只是本体论意义上的“目的性”，所表达的内容仍然是因果的事实，这种本体论的思考方法未必就比因果论更好。① 相反，以本体论的“目的性”来解释过失行为的行为性，是很困难的。如麦霍菲尔、博克尔曼（Bockelmann）等人指出：“在过失犯上目的的意思之支配，因不存在，故目的的行为论之立场，不能将过失之行为列入其目的行为概念之中。如目的的行为概念，显然不能成为故意犯与过失犯之共通的行为概念，从而，目的的行为概念就不能发挥作为犯罪体系之统一的基本概念之机能。”② 此后，虽然威尔哲尔改用“潜在的目的性”、“非遂行的目的性”等修正的概念来尽力维护其目的论，但均难以自圆其说。阿明·考夫曼甚至认为：“威尔哲尔所提出的目的支配模式在其修正和界定的理论中都是有问题的。这对行为故意的界定同样存在问题，没有哪个犯罪理论和概念能够避开这个问题。因此，他的模式根本没有触及‘人’的不法理论。”③

在阿明·考夫曼自己的目的论中则完全摈弃了本体论的内容。他主张，目的结构中不应该含有本体论的内容，取而代之的，应该是规范的内容。如“行为的目的结构提供了资料，从这些资料中，禁止的内容和构成要件的要求同时得以表现出来。”④ 齐林斯科继承了阿明·考夫曼的观点，他认为，法秩序的决定功能“只能通过人们目的性的行为这一中介，作用于人们的意志并命令其实施被期待的行为”、“制止不被期待的行为”、“实现法律价值的目标”。基于这一目的论思考，他指出：“价值认识如果反映到行为人意识层面上，那么对客观现象价值评判的认识就与价值意识或不法意识一致，对客观现象的认识、对价值判断对象的认识就与作为行为结构的目标和目的意识一致，即与‘目的性’

① Roxin, ZStW, 74, S. 524 ~ 525; Zitiert von Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 85.

② 洪福增：《刑法理论之基础》，三民书局 1977 年版，第 68 页。

③ Armin Kaufmann: Zum Stande der Lehere vom personalen Unrecht Festschrift für Welzel zum 70, Geburststag, 1974, S. 396.

④ 同③。

一致。"① 虽然，在规范意义上理解"目的性"的价值蕴含，避免了本体论的目的论在解释过失犯问题上的尴尬；但是，其所谓的"目的性"在规范的禁止或命令中产生，如"规范可以决定人的行为……必须以人的行为为对象，因为人只能目的性地持某种态度"这种"目的性"与其说是"人的目的性"，还不如说是"法律预设的目的性"，其中所蕴含的价值内容只是法律的价值内容，并不表示人的目的中的无价值内容。而且，"目的性"由规范的决定功能而产生，所以欲区分"目的性"与作为责任事实的动机关系，显然是很难的。因而，有学者批判波恩学派的"目的性"掏空了责任的内容，"重返主观不法理论的阵营"，这是有道理的。②

值得注意的是，阿明·考夫曼否定了行为作为基本要素的机能和作为界限要素的机能，否定了不作为的行为性，将行为概念狭隘地理解为"有责行为的模型和概念，因而是犯罪本身"③。这就出现有"目的性"而无"行为性"的犯罪概念，这是让人难以接受的。

类似的情况在日本刑法理论上也出现过。与阿明·考夫曼不能以目的论解释不作为的行为性一样，平场安治也因为不能解释过失犯的行为性，而否定了过失犯的行为性。他认为："过失，在存在界观之，仅有因果性而无目的性。故意与过失，关于犯罪的事实面，其本质上之构造相异；仅故意行为系行为，过失行为系非行为。"④ 因不能勉强推行其目的论，而最终放弃行为在刑法中作为基本要素的机能，这未免给人以削足适履之感。

有鉴于此，目前纯粹意义上的目的论在德、日刑法理论上支持者甚少。

在日本，行为无价值论的代表是团藤重光，其思考方法是具有折中意味的人格论；但是，因其"人格"概念是在责任意义上讨论的，所以仍然是一元的"人"的不法理论。他认为："刑法中所认为的行为，必须被看做是行为人人格的主体的现实化……主体的人格态度，不一定表现为作为的形式，也可以表现为不作为的形式。再者，它不一定出于故意，作为轻视规范的人格态度，出于

---

① Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 121, 126.

② Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 84.

③ Armin Kaufmann, a. a. O. S. 393.

④ 平场安治语。洪福增：《刑法理论之基础》，三民书局 1977 年版，第 76 页。

过失的，也能认为是行为。"[①] 以人格内容来解释过失犯和不作为犯的行为性，虽能说明一定问题，但毕竟其范围太宽，难以被人接受。我国学者指出："人格的行为论认为是主体的人格的现实化，有助于说明每一个行为人的行为的个别化，但'人格'是难以把握的概念，从而行为也就难以把握。"[②] 除此之外，人格论主张人格责任论，将其理解为"行为责任"与"人格形成责任"的统一体，行为概念界定为"人格主体的现实化"，就必定是以人格作为理论的前提，这样就将责任概念提前到行为概念之中，相应其不法内容也只能是"有责的不法理论"。所以，团藤重光教授的人格论与目的论的行为无价值论一样，仍然没有完全脱离"有责不法理论"的窠臼。

（三）社会论及其批判

二元论在"目的性"之外探寻一种价值内容，称为"社会重要性"（Sozialerheblichkeit），即"行为涉及个人与外在环境的关系，并从社会领域中所追求或不期望的结果看，该行为能够成为相关价值评判的对象，那么该行为就具有社会重要性"[③]。这一般是社会不法理论（或称为社会论）的思考方法。

社会论肇始于对因果论的改造。德国刑法学大师李斯特的学生施密特（E. Schmidt）在李斯特逝世后，对李斯特的《德国刑法教科书》进行了修订，将原来的"行为"概念作了微妙的修正，改为："行为乃社会界所发生之恣意的举动。"[④] 在这一理论中，虽强调行为的社会重要性，但并没有脱离传统因果论的根本方法。

社会论在理论上遭遇一些批评，主要因为其存在以下问题：（1）重复评价问题。如"行为在未受刑法评价之前，尚须先受社会规范评价，固未免重复。"[⑤] 日本学者前田雅英也认为："在现实刑法解释的场合，判断任何行为是否重要都必须以构成要件为根据。在构成要件之外提出所谓的'社会意义'，

① 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第170页。

② 同①，第171页。

③ Wessels, Strafrecht AT, 1998, S. 22~23.

④ 社会行为论对因果行为论的修正因缺乏李斯特的原著资料，所以只能参照我国台湾学者蔡墩铭的介绍。蔡墩铭：《社会行为论序说》，载《现代刑法思潮与刑事立法》，东亚法律丛书1976年版，第26页。

⑤ 陈朴生：《刑法专题研究》，三民书局1988年版，第6页。

并在行为的标准上限定其处罚范围，在实践上几乎没有意义。"① （2）不能发挥行为概念的界限性机能。如"社会行为论强调行为要素的有意性，使忘却犯不能包括到行为之中，难免失当，好不容易把不作为解释为行为，最后却仍然在其范围内放弃了行为观念的界限机能。"②

施密特后来的观点更明确地表明了其社会论与因果论的这种承继关系。如"行为是因其后果与人际生活圈密切相关、并受制于社会统一规范的恣意举止。"③

因为施密特的社会论所强调的"恣意"在解释忘却犯时出现了困难，所以，社会论又折中了目的论的观点，进行了理论修正。恩格希（Engisch）提出以客观的"目的性"代替主观的"目的性"，他认为，行为是"任意导致客观上有目的性的、有社会重要性的结果的举动"④。毕竟"目的性"是与主观心理态度密切相关的，难以真正从客观上加以解释。麦霍菲尔（Maihofer）又回到了"目的性"层面上，主张"应从精神作用所产生的方向上来把握"目的性，即舍弃具体的目的，而采用"了解可能性"和"支配可能性"取而代之。麦霍菲尔认为，行为人必须有"从社会的观点出发的，精神上对所涉及问题的'社会的意味'的了解可能性。"而行为是"从客观上表现为对可预见的客观社会结果有支配可能性的人的举止"。⑤ "支配可能性"观念的导入，使社会论与"目的性"成功地进行了对接。

一些学者，如阿图尔·考夫曼（Arthur Kaufmann）、大塚仁等，把"人格性"与社会论进行了结合。阿图尔·考夫曼认为，行为是"可受意志支配的、具有因果性的结果并具有社会意义的对事实的安排"⑥。即从"对事实的安排"来解释人格对社会的作用。

在二元的"人"的不法理论中，从目的论出发进行修正的社会论在德国刑法理论上处于通说地位。如德国韦塞尔斯认为："刑法意义上的行为，这里按照

---

① ［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2002年版，第124页。

② ［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第32页。

③ Schmidt, Festschrift für Engisch, Aufl. 1969, S. 339.

④ Vgl, J. Wessels, Strafrecht AT, Aufl. 1997, S. 22.

⑤ Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, Aufl. 1953, S. 158. 65.

⑥ Arthur Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung——Skizze einer personalen Handlungslehre, in: Festschrift fuer H. Mayerzum 70, Geburstag, Aufl. 1979, S. 116.



有代表性的理解，是为人的意志所支配或有支配可能的社会重要的形态（Verhalten）。"[①] 耶塞克也认为："行为是对社会有意义的人的形态。""形态可存在于目的活动（目的性）的实施中，只要事件由于目的性的投入可被操纵的话（过失），它也可能局限于结果的非故意引起。它最终在相当于一定的行为期待的不活动中表现出来，在这里，也还是以出现操纵可能性为先决条件的（不作为）。"[②]

从解释论上看，不作为的行为性从存在论的角度——无论是因果论、目的论还是人格论——进行的解释总是难以自圆其说。[③] 刑法上的"不作为"不是一般意义上的行为，之所以要追究刑事责任，是因为在它背后有"被期待的行为"存在，"作为"与"不作为"的结合点在于"社会的期待"，"作为"是追求社会所不期待的动态表现，而"不作为"是悖逆于社会期待的静态表现，"社会期待"是价值意义上而并非存在意义上的概念，所以，只有从价值意义上把握不作为的行为性才能切中肯綮。社会论就是从价值论立意进行的思考，剔除了目的论中本体论的"目的性"内容，代之以"支配可能性"的"目的性"内容，剔除因果论中物理的因果事实，代之以"社会重要性"的价值要素，此外还综合考虑了人格的因素，正如德国学者布洛夷所言："与其理论视野相适应，行为的社会相关性提供了一个理论的空间，即给客观行为倾向、主观目的性和行为的人格构造都或多或少赋予了一种强烈的意义。"[④]

虽然，有的二元的不法理论者批判社会论，但却不得不承认行为的社会性。如"的确，强调'社会性'时，就可能变成上述评价的行为概念，使对作为犯罪概念基底的行为理解变得不适当。但是，为了从行为中除去没有成为犯罪余地的纯个人的身体活动，就不得不用具有社会性意义的存在这种标准进行制约。特别是对于不作为的行为性的理解，我想无非是着眼于这种社会的存在性。"[⑤] 以"社会意义"制约行为的"存在性"，就使行为概念不可能仍然是纯粹的存在概念，而如上述所有修正的观点一样，已经进入社会论的领域。

---

① J. Wessels, a. a. O. S. 23.

② ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 275～276 页。

③ ［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 33 页。

④ Bloy, ZStW, 96, S. 609; Zitiert von J. Wessels, Strafrecht AT, Aufl. 1997, S. 21.

⑤ 同③。

从二元的不法理论出发，社会论就是合乎逻辑的思考方法。

但是，社会论揭示的是刑法上相关概念的“公约数”（Gemeinsamen Nenner），[①] 所以范围仍然未免太宽。

二、本体论与规范论之争

对于不法评判的对象是什么，存在本体论与规范论之争。本体论主张，不法评判的对象是本体论的行为；而规范论主张，不法评判的对象是规范化的行为，具体而言，即符合构成要件的行为。这一点在当前德、日刑法理论上最具影响的两大犯罪论体系中可以看出。这两大犯罪论体系，一个是以迈耶为代表的体系：“构成要件符合性——违法性——有责性”，在此体系中，行为概念在构成要件中研究，刑法中没有讨论“裸”的行为概念之必要，持这种体系观的学者一般主张规范论；另一个是以麦兹格为代表的体系：“行为——不法——责任”，这个体系中，行为概念具有作为基本要素、连接要素、界限要素的机能，应先于构成要件符合性讨论，持这一体系观的学者一般主张本体论。

迈耶在其教科书中指出：“在刑法条款的第一条就明文规定了行为，当然不是具体的而是概念的狭窄范围之内的概念。人们称这种概念上的图式为抽象的或者更好称为法定构成要件。”在其体系中，事实部分只需考虑构成要件符合性就够了，无须另行考虑行为概念。“构成要件符合性是行为的性格，在此之中第一步的刑罚前提条件就得以完成。”[②] 他将法定的构成要件要素分成两大部分：第一，与行为相关者，包括行为时的情状、行为主体和行为客体等；第二，行为本身，包括受动机影响的有意行为（der Motivierte Willensakt）、身体动静和结果等。而且迈耶一再强调：“对行为（Handlung）而言，有意行为（der Motivierte Willensakt）是本质性的。”“任何可罚的行为都是由有意的活动（Willensbetätigung）和结果组成。”[③] 问题在于：迈耶将“行为（Handlung）”界定为“法定构成要件”，同时又承认“有意行为”或“有意志的活动”的地位，那么，这种“有意活动（行为）”到底是法律图式还是事实性行为？其意义是什么？在迈耶的体系中看不出来。

---

① Engisch, Der finale Handlungsbegriff, in: Festschrift für Kohlrausch, 1944, S. 164.

② Mayer, Strafrecht AT, 1923, S. 3 ~ 4.

③ Mayer, Strafrecht AT, 1923, S. 103 ~ 105.

迈耶的思想深受新康德主义哲学的影响，难免“给自然和历史卸下其本体论的存在特征，而换上方法论的概念图式，换上凝结着理论上智慧的结晶部分”。[①] 他对行为进行了概念化、结构化地处理，使客观的事实变成了构成要件符合性的结构化、法定化的事实，实际上已经没有客观事实的本来特征。因为，毕竟“认识方法不能规定认识的对象，相反，必须根据作为本体上存在物的对象来调整认识的方法”，作为刑法评价的对象，行为事实应该是“价值的载体，而非价值本身”。[②] 所以，迈耶体系中，以构成要件价值取代作为评价对象的行为，是值得怀疑的。

日本的客观不法理论者小野清一郎坚持迈耶的观点。他认为：“历来的行为论的通病，都在于把行为当成法律的构成要件的评价之前的东西来考虑的，这就是我曾批评过的‘纯粹’行为论。刑法上的行为，归根到底是合乎构成要件的行为，所以也不能不是违法并且有道义责任的行为。”[③] 我国台湾学者洪福增也认为：“故行为必须系刑法上的行为，亦即必须系违法而且有责的行为，所谓违法而且有责的行为，即系在伦理上以及在法上被评价的行为，其本质，应具有法规范性的概念故也。”[④]

与上述观点相对，行为无价值论和结果无价值论内部也有不同观点。

麦兹格提出了上述不同于迈耶的犯罪论体系，将行为置于构成要件之前讨论，这种行为概念已经不是单纯的事实概念，而具有一定的价值内容，负担着一定的社会期待。[⑤] 但是，遗憾的是，麦兹格没有能够明确地指出行为价值关系的界限，因而，无法廓清“行为价值”与“构成要件”之间千丝万缕的关系，最后不得不用构成要件来作为行为概念的限定词，有悖初衷地进行着一种既非本体论，又非价值论的思考。

持行为无价值论的威尔哲尔也主张进行本体论的思考。他认为：（1）一个存在和表在的现实性（Da - und Soseiende Wirklichkeit）是既定的，对人的认识

① Welzel, Zitiert von Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 60.

② Welzel, a. a. O. S. 55.

③ ［日］小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社1993年版，第45页。

④ 洪福增：《刑法理论之基础》，三民书局1977年版，第83页。

⑤ 同④，第37页。

和法律评价而言，其对象只能是这种具有现实性的存在和表在，而不能是法律规则的其他内容和连接点。(2) 这些对象并不存在于一个价值自由的空间，而通常只作为人和社会的统一体存在于价值关系和意义关系之中。因此，行为就含有价值的内容，且仍为本体论的概念，并立于法律图式之外。这一点固然无可厚非，但是，把这种价值置于“目的性”（Finalität）之中考虑就是值得怀疑的，最后威尔哲尔不得不提出“法所要求的目的性”来加以补充。这就偏离了本体论的思考方法。[①]

罗克辛对威尔哲尔的观点提出了批判，他说：“如果人们这样理解一个本体论的行为概念，把它只当做物理的、无价值的事实过程的调整，那么对此概念就没有作出任何贡献。”[②]

在日本刑法理论上也有学者持本体论的观点。如泷川幸辰认为，“刑法上的行为概念首先是和事实结合起来的行为”。“作为犯罪本质的行为首先必须形成刑法上给予评价的范围界限，这一范围包括一切可罚的举止活动，并且要把刑法上不予评价的一切排除出去。”这种“行为”尚且可以理解为一种本体论的行为概念，且在其“行为——构成要件——违法——责任”犯罪论体系中可以体现出来。但是，他同时又加上了限定的条件，即“必须要把能够与‘符合构成要件性、违法性、责任性’这些犯罪特征相结合的规范要素表示出来。只有能够完成这些作用的行为，才是犯罪理论的出发点和基础”[③]。理论上，符合上述条件的行为已经变成了犯罪行为，即作为犯罪论结论的行为概念，而不是作为出发点和基础的行为概念。由此可见，他在对行为进行本体论研究时，并没有真正脱离刑法规范，不可能确立一个真正作为本体论的刑法规范评价对象，而是将评价标准与评价对象合而为一，最后以评价标准取代了评价对象。

因本体论的思考方法所存在的缺陷，一些客观的不法理论者坚持了迈耶和小野清一郎的观点，转而采用规范论的思考方法。

波恩学派主张规范论。阿明·考夫曼从根本上否定了本体论的思考方法，他否定了行为概念具有作为基本要素、连接要素和界限要素的机能。他认为：

---

① 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第168页。

② Roxin, ZStW. 74, 1962, S. 527; Zitiert von J. Hirsch: Der Streit um Handlungs - und Unrechtlehre, ZStW, Bd. 94, 1982, S. 849.

③ ［日］泷川幸辰：《犯罪论序说》，王泰译，载《刑法学论丛》（第3卷），法律出版社1999年版，第173页。

"犯罪不是以属概念（Gattungsbegriff）的'行为'内容加以定义的，其定义为：犯罪是违法有责的构成要件的实现。"即行为在犯罪论中没有作为基本要素的机能。对于作为连接要素的机能，他也予以否定，因为"在三层次的犯罪结构中，各'层次'都有其条件性，并不需要一个特别的连接要素。"对行为作为界限要素的机能，他也持否定态度。以羊癫疯患者为例。"因为他走到了因突发而造成损害的地点，这要么能够充足过失犯的构成要件，要么能充足故意犯的构成要件——有鉴于此，这种条件反射性运动并未被排除在外，因为除婴儿外，每个人的反射性运动都应被理解为前期'恣意性'所导致的结果。那么，界限要素的机能就变得不合时宜了。"因此，他对目的论进行了适当的修正，认为"只有具目的性的行为才能被法所要求或禁止"[①]。与威尔哲尔的本体论思想比较而言，其"目的性"的价值内容已转移到规范之中。这与威尔哲尔后期所提到的"法要求的目的性"观点是一致的。

齐林斯科也认为："（刑法评价）对象（即行为）带着沉重的规范关系植入社会构造之中，这给该对象打上了社会存在和意义规定性的烙印。"[②] 既然承认了行为中规范关系的存在，也就没有将行为理解为一种本体论的行为。同样持目的论的赫尔希（J. Hirsch）更坦率地提出："为了消除与这种不确切的'目的'的行为相关联的负担，人们因而最好应当使用'制定的行为概念'（Vorgegebener Handlungsbegriff），而舍弃'目的的行为概念'，这样就给'人'的不法理论建立在目的行为论的基础上让出了一条道路。""（先于法律之行为概念的）事实性基础在法律概念的图式中表现为偏离了事实上应出现的现象。这些事实性理由在行为概念方面是不存在的，法律秩序是通过其禁止或命令来关照先于法律之行为现象。即使未出现这些现象，法秩序亦将导致结果的纯粹原因、事实转化为'法意义上的'相应行为。"[③]

规范论在否定本体论的思考方法的同时，也否定了行为概念作为刑法评价的对象地位，没有注意到行为本身的社会意义。以侮辱行为为例。它之所以不同于杀人行为，是因为它有独特的社会意义。

---

① Armin Kaufmann: Zum Stande der Lehere vom personalen Unrecht, Festschrift für Welzel zum 70. Geburststag, 1974, S. 394～395.

② Zielinski: Handlungs－und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 71.

③ J. Hirsch: Der Streit um Handlungs－und Unrechtlehre, ZStW, Bd. 94, 1982, S. 849～863.

赫尔希显然认识到这个问题，进一步为自己作了辩解："尽管行为的意义内容可能受到社会意识变化的影响，然而并非是被法秩序所发明的。法秩序更多情况下还揭示了行为的意义区间，并且只从行为内容的范围内把握了它的意义，法律规则正是与这个意义区间相联系。"① 这个辩解不足以为上述缺陷开脱。因为，虽然法律有一定的意义明确功能，但因其受到法律稳定性的限制，不可能及时反映出发展中的行为的社会意义，而这种意义或多或少对定罪有所影响。

在人格论中，行为人对行为意义的认识和安排能力构成了"行为的本体论结构"，"只有对因果事件的目的确定作为人精神上的基础并且决定了其自由性之处，才谈得上行为"②。但是，人格是责任中的问题，以人格来解释不法对象的本体论内容，无疑是有责的不法理论。

与阿图尔·考夫曼的观点不同，日本的人格论者团藤重光教授则持规范论。他认为，"构成要件如后所述是违法、有责行为的定型"。虽然"构成要件是法律规范方面的要件，不可能同时又是评价的对象"，但是，"符合构成要件的事实是评价的对象，同时又是评价的资料，以及这种评价的基础"③。他认为进行这样的区分能够避免上述规范论和本体论的缺陷。事实上，以"符合构成要件的事实"作为评价对象与以"构成要件"作为评价对象并无二致，因为，在符合构成要件的评判中，并不是简单的事实归类，还必须进行一些价值评判，如果不深入揭示构成要件的规范内容是不可想像的。

持结果无价值论的前田雅英教授也主张规范论。他认为："在构成要件符合性以前，论述行为本身，称之为'裸的行为论'。'行为是什么'这一哲学的议论也许是精彩的，但应该说，在我国从整体意义上看，认为'裸的行为论'是无意义的见解是有力的。因为在刑法领域既然存在罪刑法定主义的原则，那么没有符合构成要件的行为没有必要使其成为问题。"④

应该承认，上述以本体论的思考方法所进行的研究并没有得出令人信服的结论，均因本体论的要素（如因果论的客观"因果关系"、目的论的主观"目的性"、人格论的人格责任要素等）而限制了其理论的空间，均不能合理地解

---

① J. Hirsch, a. a. O. S. 850.

② Arthur Kaufmann: Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre, in: H. Mayer - Festschrift, 1966, S. 107.

③ ［日］团藤重光：《刑法学纲要》，创文社 1990 年版，第 98 ~ 102 页。

④ ［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会 2002 年版，第 60 页。

释不法中的价值内容，最后不得不求之于规范内容，如威尔哲尔的“法要求的目的性”、麦兹格的“法秩序的期待”以及团藤重光的“定型说”。

但是，进行规范论的思考也是值得怀疑的。因为：

（1）德、日刑法通说认为，犯罪是符合构成要件的、违法并有责的行为。如果否定本体论的思考，转而采取规范论的思考，对无价值评判的对象进行“合乎构成要件的、违法并有责”的限定，则评判的对象与评判的结论（即犯罪概念）一致，这在定罪的逻辑上就会发生重复。

（2）以构成要件限定无价值评价的对象（即行为），则正如德国行为无价值论者阿明·考夫曼所指出的那样，行为概念失去了其作为犯罪基本要素、连接要素和界限要素的机能，[①] 行为概念在刑法理论上也就显得并无另行讨论的必要，“无行为则无犯罪”的格言在刑法理论上也得不到体现。

（3）规范论的思考在解释上会遇到一些问题，如不真正的不作为犯，依规范论的思考，既然作为构成要件的行为是作为，而事实上的行为是不作为，依其逻辑就只有否定该不作为的行为性。

所以，在无价值评判中，规范标准和规范评价对象应该是相对独立的，评价对象是事实的、具体的，而规范标准则是抽象的，各自都应该有自己的理论空间，评价对象是否达到评价标准是评价的结论，换言之，符合构成要件的行为是评价的结论，并不是行为概念本身。上述规范论最大的缺陷就是混淆了评价对象与评价的结论。

二元的不法理论采取了折中的思考方法，即一方面承认评价对象独立于评价标准，另一方面又肯定评价对象中具有一定的价值内容，二元的不法理论一般持社会行为论的观点。

施密特将“社会重要性”植入行为概念之中，就使得评价对象具有一定的价值内容。“社会重要性”是依据“客观规范标准之判断，亦即应藉社会观点，以决定人之行为在社会或社会存在之意义，故当考虑行为之社会性时，正视客观意义之社会关系”，而不用由因果关系、目的性或人格性所决定。[②] 社会重要性是社会评价标准，用以说明行为事实的社会意义，不同于法律规范的标准，

① Armin Kaufmann: Zum Stande der Lehere vom personalen Unrecht Festschrift für Welzel zum 70, Geburststag, 1974, S. 393～394.

② 蔡墩铭主编：《刑法总则论文选辑》，五南图书出版公司1991年版，第8页。

但仍然含有一定的价值内容，所以既有独立的性格，又不失价值因素。

还有一些持二元的不法理论的学者对折中的思考方法在不同程度上都有所贡献。耶塞克认为，作为无价值评判对象，行为概念在体系上应先于构成要件符合性阶段考虑，其中还存在积极表明了在刑法上具有重要意义的人的态度，行为是“犯罪行为的可归责性的最外部界限”，“保证所有对刑法判断不重要的东西一开始就被予以剔除”。而“刑法的体系概念，诸如构成要件符合性、违法性和罪责，作为较详细的说明包含其中（定义功能）”①。韦塞尔斯虽然认为：“人作为法律主体立于法律事件的中心；以刑罚规定为基础的法规范与人的行态具有联系。”但是，“在刑法中，与社会危害的结果具有联系的人的行态是连接点，责任的法律基础是不法行为；每个研究都以行为为方法论的起点。没有‘行为’就没有‘行为人’，没有不法也就没有责任”。体系上，韦塞尔斯认为，行为、构成要件符合性和违法性同属不法领域，行为属于不法的起点，先于构成要件符合性评判。②

日本刑法理论上持社会行为论的论者，如佐伯千仞、西原春夫、野村稔等，都承认行为概念在体系上先于构成要件符合性评判。

应该说，二元论折中的思考方法解释无价值评判对象的体系地位是合理的。但是，社会行为论的价值内容“社会重要性”到底是什么，二元论并没有作出合适的说明，所以仍然不能说是很妥当的。

三、机能的社会论之提倡

根据我国刑法第 13 条的规定，“危害行为”概念是我国刑法中无价值评判的对象，是定罪的逻辑起点。“危害社会”这一限定条件是我国刑法中的行为与德、日刑法中“裸的行为”概念最大的区别。

（一）评价对象的理论解说

我国刑法理论上对“危害行为”的解释可谓观点聚讼，主要有以下几个观点：

（1）“刑法上的危害行为，是指由行为人的心理活动所支配的危害社会的

① ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 268 ~ 269 页。

② Wessels, Strafrecht AT, 1998, S. 79 ~ 80.



身体的动静。"[①] 这是通说的观点。这种观点从"危害社会"的角度把握行为的本质，具有价值质量上的规定性，本值得称道，但遗憾的是：第一，我国通说对"社会危害性"的解释是"行为对我国的社会主义社会关系实际造成的损害或者可能造成的损害"[②]，这与其说是"社会性"的理解，不如说是对"危害性"的说明，并没有揭示行为的危害社会的价值内容；第二，没有揭示出危害行为所表现出来的人格特征，所以，难以全面理解累犯、再犯、惯犯等犯罪人的社会危害性并作为责任非难的根据；第三，该观点强调行为的有意性，因而，在解释不作为犯、忘却犯的问题上面难免会重入因果论的窠臼。

（2）"由行为人的意识、意志所支配的违反刑法规定的危害社会的身体动静。"[③] 这种观点从规范上把握危害行为概念，内容比危害行为论丰富，多一层刑法规范的含义，其合理之处在于改变了通说对行为的"有意性"的限定，转而借用了"意识、意志支配可能性"的提法，在解释忘却犯的主观方面问题上是合适的，但其缺点在于：第一，与通说观点一样，没有揭示行为的社会性和人格特征；第二，与德、日刑法理论中规范论的思考一样，过早地将刑法规范介入行为评价之中，反而使危害行为与其他概念更难以区分，如犯罪概念、实行行为等；第三，不易解释如巨额财产来源不明罪，持有毒品罪等犯罪的行为性，因为这些犯罪实质上是一种状态，既可能是某行为的开始，也可能是某行为的结束，其本身未必会造成客观的社会危害，只有出于预防目的加以理解，才能认识到其社会危害性。

（3）将社会行为论与人格行为论相结合，构架人格与社会相统一的复合行为论。[④] 复合的行为论在日本受到大塚仁教授的推崇，从观念和人格存在两方面揭示了行为的本质特性，具有较丰富的内涵。但是考虑到社会行为论的自身理论张力，正如韦塞尔斯教授（Wessels）所言："这一行为概念（社会行为论）

① 国内一些主要著作对此问题所持的观点是一致的。高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，高等教育出版社2000年版，第68页；马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第156页；高铭暄、赵秉志主编：《新编中国刑法学》（上），中国人民大学出版社1998年版，第110页；杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法学》，北京大学出版社1998年版，第77页；苏惠渔主编：《刑法学》，中国政法大学出版社1997年版，第113页；张明楷：《刑法学》（上），法律出版社1997年版，第130页。

② 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第20页。

③ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社1999年版，第126页。

④ 陈兴良：《"无行为则无犯罪"——为一条刑法格言辩护》，载《中外法学》1999年第5期，第49页。

在行为意志与其现实化方面连接了行为的人格构造和本体论的事实。同样这一概念提供了一种可能性，即在考虑行为人主观目的条件和法秩序统一的规范期待情况下从完整的客观意义中理解其社会意味。"[①] 社会行为论在行为的客观危害、主观意志、人格特征和价值评判等方面均已立意，所以，似乎没有另行构架复合行为论的空间。

（4）"既然我国刑法理论中关于刑法中行为概念的研究对象范围过窄，加之现在的研究理论中又有一系列的可议之处，因此，倒不如从行为概念中抛弃意思要素，而直接用具有社会危害性的身体动静来概括行为概念。"[②] 这种观点实际上没有考虑行为人的个人因素，虽然有利于解释不作为、过失犯等的行为性，但是因为"社会危害性"的概念过于模糊，且有较大不确定性，最终否定了行为人对行为的支配作用，不仅不利于对无刑事责任能力人行为的正确评判，而且会出现片面以社会价值观否定个人自由和权利的危险倾向。

总之，我国上述理论均揭示了行为的"危害性"内容，但对"社会性"的理解则有显不足，没有从社会观念上把握行为的特性。刑法中的行为既然存在于生活世界之中，为社会生活所期待，并作用于社会生活，其根本特性应该是区别于其自然特性的"社会性"。

（二）评价对象的新视野

我国新刑法修订后出现了一些新的行为表现，如我国刑法第 395 条第 1 款规定的巨额财产来源不明罪，第 348 条规定的非法持有毒品罪，第 282 条第 2 款规定的非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪，第 172 条规定的持有、使用假币罪，第 128 条第 1 款规定的非法持有、私藏枪支、弹药罪等，这些犯罪行为与其说是"行为"，不如说是"不法状态"，相当于英、美刑法理论中的"状态犯"(State of affairs offence 或 Situational offences)。[③] 这类犯罪很难界定为"作为"或"不作为"，如 1920 年英国颁布的外国人法令规定，外国人经勒令离境后又出现在英国的，不管是怎么回到英国的，都构成禁止入境的外国人被

---

① Vgl, J. Wessels, a. a. O. S. 23.

② 黎宏：《论刑法中的行为概念》，载《中国法学》1994 年第 4 期，第 83 页。

③ 这种犯罪是只要犯罪主体处于某种不法状态就可以构成。这种犯罪不同于我国刑法理论中的"状态犯"，即犯罪行为既遂后，基于犯罪行为所产生的不法状态仍继续存在的犯罪［高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社 1999 年版，第 328 页］。英、美刑法理论有学者将"状态犯"(State of affairs offence) 与"持有犯"(Opossesion) 相区别，本书将二者统一起来，称为"状态犯"。

发现于英国罪。再如美国许多州刑法规定了流浪罪，即被告人处于流浪者的身份状况（Status），就可以构成犯罪。

将不法状态规定为犯罪是刑法积极化的一种表现，具有多方面的功效：

（1）有利于清除犯罪多发的“土壤”。如美国刑法中的流浪罪。因流浪人群常常带有多种社会恶习和反社会心理，如懒惰、厌世、仇恨等，流浪者的存在，客观上传染着这种社会“病毒”，而且，在流浪的过程中，为了谋生，有些可能行乞，有些也可能抢劫、盗窃或卖淫，流浪者本身是社会的不安定因素。更重要的是，国家对流浪者无法进行有效的管理和控制，流浪者的犯罪经常难以被侦破。处罚流浪状态，有利于清除社会不法流窜人口，有利于维护社会治安。

（2）有利于消除潜在的危险状态。英国1872年证明法规定，在高速公路上发现醉酒者，无论是由于什么原因所导致的，都构成犯罪。在高速公路上发现醉酒者，犹如盲人瞎马，十分危险。处罚这种犯罪，目的就在于要防止、消除该危险。

（3）有利于防止狡猾的犯罪分子钻法律空子、逍遥法外。随着高科技的广泛应用，犯罪分子的反侦查手段日益高明，一些犯罪因难以收集证据而无法提起刑事诉讼。但是，一些犯罪实施完毕后，其不法状态一时难以“消化”，如持有枪支、毒品或者巨额财产来源不明等状态，在这种不法状态中虽无证据也有理由怀疑该人有犯罪行为；所以处罚这种不法状态，有利于打击狡猾的犯罪分子，消灭其侥幸心理。

处罚不法状态，其意义已经超出了处罚本身，而更重视预防更严重的犯罪发生。“广泛犯罪化的潜在意义是需要在立法者方面掌握一种责任，以特别指出对所禁止的状态负责并控制处于该状态位置的被告人。”[①] 现代社会中，刑法的角色已经发生转换，已改变了其消极的守护人的角色，从传统的消极报应转变为积极的预防，这就是积极刑法的意义所在。这是与现代社会的发展密切相关的，因为科技日益发达、恶性犯罪日趋增加、犯罪侦查愈加困难，所以，对于那些有犯罪嫌疑的状态或有犯罪征兆的状态，刑法可以将其规定为犯罪，这种积极干预社会的态度，是现代社会遏制犯罪、维护社会安全所需要的。

---

① A. P. Simester and G. R. Sullivan: Criminal law, Theory and doctrine, Harf Publishing 2000, p. 72.



然而，处罚不法状态在理论上的负面影响也不容忽视，根本问题在于：处罚不法状态是否意味着一直以来奉为圭臬的行为界限机能被否定？行为的界限一经放开，又如何限制、掣肘刑法扩张的危险？或者，又回到了一个终极的追问：到时，我们何以维护刑法的法治主义精神？易言之，从刑法理论上看，我们多年来将犯罪定位于以行为为轴点的坐标系上，一旦放弃了“行为”这一轴点，我们将选择什么轴点建立新的坐标系呢？

从我国刑法规定看，应予以处罚的“不法状态”可以是结果状态（如巨额财产来源不明罪），也可以是行为状态（如非法持有毒品罪）。在考虑这种状态时，有必要使用因果论的思考方法，如果不考虑引起该结果状态的行为的严重的社会危害性，就无法确定处罚该状态的必要性，如巨额财产来源不明罪中可能存在的“贪污”、“受贿”行为等。也有必要使用目的论的思考方法，如果不考虑行为人的支配可能性，则很容易扩大处罚的范围。以持有假币罪为例。如不考虑行为的支配可能性，就可能使私藏假币的某家庭、某单位全体成员受到刑罚的威胁，这显然不公平。此外，还必须使用人格论的思考方法，因为如果不考虑行为人的人格，就很难理解处罚这种不法状态本身的必要性以及这种不法状态的危险性。以非法持有毒品罪为例，行为人的取得行为已构成犯罪，如果不考虑行为人人格恶性，而只考虑行为的危害性，那么只要处罚“取得”行为就够了，无须另行设定处罚不法状态的条款。

所以，对状态犯的处罚必须综合考虑因果论、目的论和人格论的思考方法，归根结底是以“社会危害性”作为处罚的客观依据。

（三）机能性思考方法的提倡

欲将“状态犯罪”限定于行为概念之中，就要求对行为进行机能性理解。前提是：行为是无价值评判的对象，它作为基本要素和界限要素的机能不应放弃。刑法的积极预防与刑法的谦抑性原则是现代刑法中一对未解的矛盾，不能因刑法的积极预防而无视刑法的谦抑性原则，肆意扩张刑法规制范围，肆意处罚一些不应处罚的状态，从而破坏自由、宽容的法秩序。因此，应该强调行为概念对限制刑法处罚范围的机能，维护自启蒙运动以来所奉行的有着浓厚人道主义、自由主义和法治主义精神的“无行为则无犯罪”原则。基于这种考虑，“不法状态”（State of affairs）作为刑法中无价值评判的对象，也应该解释为一种危害行为。

从主观方面看，在“状态犯”（State of affairs offences）中“被告人肯定有所为，虽然客观条件并没有指出是作为还是不作为，但仍得要求其是有意愿的”。[①] 从客观方面看，这种“状态”有较大的危险性或者与重大恶性犯罪有较密切的关联，其客观上有较大的社会危害性，这种状态仍然作用于社会关系，受社会价值所评判，并非单纯的事实存在，而且具有价值的、观念的意味。因此，不是所有的现实状态都可解释为行为，行为观念并非漫无边际的，只有这种受意志所支配的、客观上具有社会危害性的“状态”才可以作为无价值评判的对象，并解释为刑法中的“危害行为”。

质言之，从价值观念上解释我国刑法第13条所规定的“危害行为”概念才能切中肯綮。“危害行为”实际上是一个机能性的概念，能够恰如其分地概括和解释作为、不作为或不法状态的行为性，如巨额财产来源不明罪之结果状态，再如持有违禁品的行为状态，应当分别选择性地侧重结果无价值论与行为无价值论进行评价，只有运用这种机能性的思考方法，才有利于对其行为性作出合理的解释。

不仅如此，机能性地解释无价值评判的对象，还有利于顺应社会的发展。随着社会的变迁、文化的进步、制度的革新、经济的发展、政策的调整，社会危害性的标准也会相应发生变化，只有把握了社会危害性的内容，才能正确理解行为的存在和价值内容，理解行为概念内涵与外延的变化，将某些行为从危害行为的范围剔除，将某些不法状态收入危害行为的概念之中，并通过刑事立法纳入刑法规制。这样，危害行为概念不仅结合了本体论与规范论的思考方法，放弃了本体论的机械方法，避免了规范论的逻辑问题；而且，不同于二元论的社会论思考方法，不至于因为“社会重要性”的范围漫无边际而扩张了行为的范围。

危害行为概念具有个体性和社会性两方面的内容，相应也就具有存在性和价值性的双重性，其存在性包括因果性、目的性和人格性的内容，其价值性是社会的期待。所以，刑法中的危害行为可以定义为：表现行为人人格特征的、有支配可能性的、且有社会危害性的身体动静。其中，以“社会危害性”为出发点进行的思考就是一种机能性的方法。

① A. P. Simester and G. R. Sullivan: Criminal law, Theory and doctrine, Harf Publishing 2000, p. 72.

危害行为所表达的社会特点在界定行为概念时起决定作用。机能主义刑法学家雅科布斯（J. Jakobs）的理论是中肯的："一个实质的行为概念是与一个当时的社会相联系的概念。究竟它是什么样的社会？对此行为概念不能充分地肯定，所以，行为概念的实质性只是派生性地存在着。但是，重要的是社会而不是个体的独特性，这一点是肯定无疑的。"① 社会危害性标准是社会的，而不是官方的，从社会价值上解释危害行为的概念，不会导致上述陈朴生和前田雅英所批评的双重评价的反复和累赘。因为社会评价和构成要件评价是不同的评价体系。构成要件评价是刑法规范的评价，是对行为的类型化评价，是定罪的观念指导形象和处罚的标准；社会评价则是对行为之行为性的观念认识。构成要件评价根本不能提前其认识，以对行为之行为性进行判断、限定，更不能代替行为概念并发挥行为在刑法中的机能。更重要的是，构成要件是官方的评价标准，其只有与社会标准彼此分离、互相检验，才能促进官方标准的完善。另外，行为的社会危害性评价可弥补构成要件的不足。"刑法于制定当初，虽已顾虑社会之一般秩序，并依其需要而规律构成要件，但此并不意味刑法对构成要件已予周详之规定，毋庸置疑。故在认定行为是否符合构成要件时，仍应基于社会伦理之立场，妥为解释。"② 如我国刑法第237条规定的"猥亵"、"侮辱"行为，第114条规定的"危险方法"等都应以行为的社会特征作为判断的标准。

价值论的行为概念经历了不断的理论融合、自我修正的漫长过程，表明了"纯粹本体论的行为概念与规范思考之间的融合"，③ 不仅将因果性、目的性和人格性等存在内容纳入概念之中，而且以社会危害性的价值观念加以概括，并根据不同的情况，以社会危害性为标准，进行无价值评判。

由此可见，在我国刑法中，运用机能的方法进行无价值评判是值得提倡的。

四、对相关疑难问题的解释

（一）如何理解"状态犯"的行为形式

理论上，对这种状态犯（State of affairs offences）的行为形式有不同的解

---

① ［德］雅科布斯：《行为、责任、刑法》，冯军译，中国政法大学出版社1997年版，第100页。

② 蔡墩铭：《社会行为论序说》，载《现代刑法思潮与刑事立法》，东亚法律丛书1976年版，第26页。

③ Vgl, J. Wessels, Strafrecht AT, Aufl. 1997, S. 23.

释。

第一种观点认为，“状态”（State of affairs）是与行为并列的另一种犯罪表现。如“有的犯罪，尽管没有上述意义上的‘行为’也可以成立。没有必要存在‘有意志的肌肉运动’，只要证明存在着特定的‘事态’犯罪即可以成立。这种犯罪有时称为‘身份犯’或‘形势犯’。”① 再如“甚至在更特殊的情况下，犯罪的客观方面完全可以不需要某人的任何行为，只要能证明某种特定事实状态就足以构成犯罪。”②“状态犯”（State of affairs offences）被理解为：“这里客观要件由事件（Circumstance）、有时也由结果组成，但是没有作为，他们是‘现存’的犯罪，而不是‘干’的犯罪。”③

我国刑法理论上基本没有类似的观点。这种观点放弃了“无行为则无犯罪”的定律，不值得提倡。

第二种观点认为，“状态”（State of affairs）是一种行为，是区别于作为和不作为的第三种行为。这是英、美刑法理论上和立法上的多数说。理论上有观点认为“状态”（State of affairs）是一种行为。如英国学者 Clarkson 更是把犯罪的行为分为三种：即自愿作为（Voluntary acts）、不作为（Omission）和准作为（Deemed acts），准作为中包括错误行为、状态犯和替代责任三种。Clarkson 将不作为和准作为当做自愿作为的法律扩展，即“自愿作为是追究刑事责任的必要条件，这虽已成为一个基本规则，但是，一定情况下这个要求得被放弃或者得被扩展到视为自愿作为的程度”④。而立法上一般也把“状态”（State of affairs）当做行为。如英格兰和威尔士刑法典草案第 6 条规定：“行为根据具体的犯罪定义被认为包括了不作为、事实状态（State of affairs）或事件（Occurrence）。”美国模范刑法典第 2 条第 1 款规定：“责任的基础是‘自动的行为之必要性、作为责任根据之不作为、持有之行为性’。”

我国刑法理论上也有上述类似的观点。⑤

笔者不赞成这种观点，认为作为与不作为之外还有一种行为样态，毕竟不妥。从存在论上考虑，行为既立足于身体举止，那么只有两种形式，非动即静，

① ［英］J. C. 史密斯、B. 霍根：《英国刑法》，李贵方等译，法律出版社 2000 年版，第 52 页。

② Russell Heaton: Criminal law, Blackstone Press Ltd. p. 15.

③ Catherine Elliott and Frances Quinn: Criminal law, Pearson Education Ltd. 2000, p. 8.

④ C. M. Clarkson: Understanding Criminal Law, Sweet & Maxwell 1998, p. 40.

⑤ 储槐植：《三论第三犯罪行为形式“持有”》，载《中外法学》1994 年第 5 期，第 20 页。

动者为作为，而静者为不作为，动、静之间实为矛盾关系，除动、静之外的第三种身体动态实在让人难以理解。从社会观念上考虑，社会期待也是择一判断，要么期待，要么不期待，对某种行为的态度不可能存在第三种选择，所以观念上也不应该有第三种行为样态。

第三种观点认为，“状态”（State of affairs）是与作为相对而言的一种客观处罚条件。如“在犯罪中被告人必须实施积极的作为，这已是一个基本规则。但从某种意义上讲，这个基本规则是不正确的。因为有些犯罪本身的客观要件就定义为不作为，而在另一些犯罪中，当存在着作为义务时，消极的不作为就等价于积极的作为，还有一些犯罪，其客观方面表现为一种事实状态，无须被告或其他人的任何‘作为’。”①

我国刑法理论上也有类似观点，不同之处在于：我国理论上将这种状态定义为“不作为”。

笔者赞成将这种不法状态定义为“不作为”的观点。在不法状态犯罪中，“除非某人能够避免该状态，否则这种状态不应成为犯罪的客观要件，该人也不应对这种状态负责”②。因为不法状态的危险性，社会期待该人能够避免该状态，或者保证避免该状态的形成，或者保证该状态不再延续，都是该人基于其客观身份应当作出的保证，所以在不法状态中该人负有一种义务，即一种基于社会期待的保证义务。申言之，因为社会存在这种期待，刑法处罚不法状态就是命令该人要消除这种不法状态。所以，维持不法状态违反了命令规范，违反了社会期待，其行为样态是不作为。英国学者施麦斯特（Simester）和沙利文（Sullivan）也持这一观点：“从 Larsonneur 案的事实来看，在被告人能够防止客观要件出现的情况下，状态义务才发生作用，其实际上相当于不纯正不作为的义务。该状态义务间接地涉及因未能或者忽视防止客观要件发生而受到指控的被告人。”③ 所以，处罚状态犯罪（State of affairs）其归责的行为并不是状态本身，而是未防止该状态发生的不作为。

第四种观点认为，“状态”（State of affairs）是一种作为的表现。如“在上述持有的这三种具体表现形式（即‘取得’、‘放置’、‘排他’）中，只有‘排

---

① James Dine and James Robert: Case & Material on Criminal law, Blackstone Press Ltd. 1993, p. 48.

② A. P. Simester and G. R. Sullivan, supra note, p. 73.

③ 同②。

他'才是持有行为的实质所在。所谓'排他'，是指排除他人对行为对象的动用或支配，具体表现为对行为对象的隐匿和对他人的防范。而隐匿和防范都只能表现为作为，不能表现为不作为。"① 再如"持有是作为……取得以后的'持有'过程，也是一个作为的过程，为达到持有的主观目的，行为人的第一个行为就是积极隐藏物品，随时注意他人是否发现，以便及时转移。第二个行为是对司法机关或他人隐瞒真相，逃避侦查。"② 还有学者认为："持有型犯罪为作为犯，持有行为一经开始即构成持有型犯罪。在行为人认识到是法定违禁品而意图对之进行支配或控制时，行为人总得实施一定的行为。"③

概言之，主张"持有"是作为的上述观点，仅将"持有"行为理解为"取得"、"隐藏"、"排他"的行为表现。这种观点是值得商榷的，因为：

（1）作为并不能概括所有的"持有"犯罪。一方面，部分"取得"、"排他"行为直接可构成犯罪，无须以"持有"犯罪论处；④ 另一方面，"持有"行为也可以不以作为的形式出现，如明知是他人放置于家中的枪支而置之不理，听之任之的表现。

（2）不利于正确限定犯罪。"持有"犯是一种行为犯，行为一经完成，犯罪即达到既遂。如果将"持有"理解为一种作为，那么行为人实施"取得"、"藏匿"、"排他"等行为以后，持有犯罪就应该达到既遂。申论之，即使此后行为人主动上缴或销毁违禁品，也只能当做事后的悔罪表现，不影响犯罪既遂的成立。这显然不符合法感情，扩大了持有犯罪的打击范围。

（3）不符合处罚持有犯罪的精神。处罚持有犯罪以及其他"状态犯"(State of affairs offences)，有积极法的精神，其目的在于防止犯罪分子钻法律空子，使一些严重的犯罪——如贪污贿赂、贩卖毒品、走私、制造枪支等犯罪——不至于因缺乏证据而逍遥法外，只要能证明其持有状态，无论其不法来源是什么，均可以对持有人进行处罚，这样以达到预防犯罪的效果。因此，处罚"持有"或"状态"犯罪的根据是这种特定的不法状态，刑法的积极目的在于命令人们防止或消除这种不法状态，只要这种不法状态不复存在，无论其系

① 李居全：《浅议英美刑法学中的行为概念》，载《法学评论》2002 年第 1 期，第 105 页。
② 秦秀春：《对刑法中行为的新思考》，载《中外法学》1999 年第 4 期，第 93 页。
③ 李立众：《论'持有'的行为形式》，载《法学评论》2000 年第 4 期，第 144 页。
④ 如走私、贩卖、运输、制造毒品行为。

根本未产生抑或已经消除，都不能对行为人以持有犯罪论处。上述第四种观点则没有考虑刑法的这一精神。

（4）不必要地增加了查处持有犯罪的操作难度。持有犯罪本来只需要证明“持有”这一不法状态即可构成犯罪，但是，如果将“持有”行为理解为“取得”、“藏匿”、“排他”以后，就不仅要证明这种“持有”状态，而且要证明“取得”、“藏匿”、“排他”的行为，这无疑增加了司法操作的难度，是没有必要的。

（二）我国刑法第 13 条规定的“危害行为”在体系上的地位

从我国刑法第 13 条规定看，犯罪的中心词是“行为”，而限定词分别是“危害社会的”和“依照法律应当受刑罚处罚的”。单纯从字面上看，犯罪行为须经过社会危害性评价和刑法评价才能成立，或言之，犯罪成立的前提是“危害社会的行为”，这也是刑法评价的对象。

我国刑法第 13 条规定的犯罪概念包含了犯罪的实质条件和形式条件，前者是“危害社会”，后者是“依照法律应当受刑罚处罚”。而德国刑法典第 1 条规定：“本法只处罚行为前法律已明文规定予以处罚的行为。”意大利刑法典第 1 条规定：“任何人不得因未被法律明文规定为犯罪的行为而受到处罚，也不得被处以法律未规定的刑罚。”瑞士刑法典第 1 条也规定：“本法只处罚行为前法律已明文规定予以处罚的行为。”这些都只规定了犯罪处理的形式要件。应该说，我国刑法典所规定的“危害行为”概念比上述其他国家之规定更科学，它使社会危害性行为与刑事违法性得以明确区分，没有偏枯社会危害性与刑事违法性任何一个方面。毕竟社会危害性所蕴含的社会价值不完全等同于刑法所确立的法律目的，毕竟刑事判决在适用法律时必须以存在社会危害性事实为前提，而这种社会危害性事实的认定是以危害行为为基础的，那么直接将“危害行为”概念理解为含有社会意味的行为概念并提到刑法规范之前讨论本是当然之理，这样才能体现出事实与规范、评价对象与评价标准之间的差别与联系。

但是，截至目前，国内几乎所有的教材都将危害行为作为犯罪构成的客观要件来加以论述。[①] 这种观点有以下几点可议之处：

---

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社 1999 年版，第 126 页；刘生荣：《犯罪构成原理》，法律出版社 1997 年版，第 134 页。也有少数论著将行为概念放在构成要件符合性之前讨论。李海东：《刑法原理入门》，法律出版社 1998 年版，第 33 页。

（1）混淆了行为事实和法律规定的界线。危害行为是一种客观事实，它具体地、现实地存在于社会中，具有客观实在性；而“犯罪构成，是指法律所规定的抽象的犯罪行为的类型，它本身只是法律上的一种假设、一种可能性，它只是对判断一定行为是否成立犯罪以及如何成立犯罪提供了一个法定的标准。只有当这种假设或可能变成了现实，即一定的危害行为与法律所规定的某种抽象的犯罪行为的类型相符合，这个时候抽象的犯罪行为的类型就由具体的犯罪行为的事实现实地表现出来了”①。危害行为在定罪意义上所表现出来的是社会危害性，犯罪构成在定罪意义上所表现出来的是国家的评价，二者具有较大的区别。如果把犯罪构成评价与社会危害性判断完全混淆，那么犯罪构成就不再是抽象意义上的法律标准，而加入了一些法官的好恶，就可能出现以犯罪构成评价取代社会危害性判断、以纯粹的司法工作人员的意志挤对社会评判的现象，或者社会危害性标准倒灌入犯罪构成标准之中，出现法官滥用标准、恣意裁判的现象，从而损害犯罪构成的法治主义精神。

（2）损害行为的界限机能。在我国刑法规定的犯罪定义中，危害行为是界限犯罪的第一道屏障，从而将“思想犯”排除在我国刑法的规制之外。既然危害行为存在于犯罪构成的客观方面，“无行为则无犯罪”的判断就应该在犯罪构成中进行，“无行为则无犯罪”就成了“不符合犯罪构成则不构成犯罪”的一个子命题。既然如此，“无行为则无犯罪”就完全成了一个多余的限定条件，在同时存在犯罪构成的情况下直接依据犯罪构成加以判断就可以，无须再考虑行为的界限机能。这样，实际上损害了行为界限犯罪的机能。

（3）逻辑上出现混乱。作为法定的抽象结构，犯罪构成中的行为要件一般是指刑法分则各条款所规定的实行行为和刑法总则中所规定的非实行行为，这种行为要件是指不包括结果要件的狭义的行为概念；而我国刑法第 13 条规定的“危害行为”则是指作为犯罪基础的行为，是包括了危害结果的广义的行为概念。所以，在犯罪构成的客观方面论述危害行为，就容易让人混淆作为行为要件的“行为”概念和作为犯罪基础的“危害行为”概念，出现了一定程度的混乱。

（4）犯罪定义上重复。如果把危害行为理解为犯罪构成的要件，即将其当

① 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 86 页。

做法律要素，那么就将危害行为与作为犯罪构成要件的实行行为、非实行行为等量齐观，使危害行为概念两次出现于犯罪的定义之中：一次是以“具有严重社会危害性、符合犯罪构成”所限定的行为，另一次则表现为“犯罪构成的客观方面”的行为要件。这显然是两个内涵不同的概念。如果后者越俎代庖，取代前者，仅仅将危害行为限定于犯罪构成之中，则定义上出现同义反复；如果肯定二者的不同含义，那么，“前一行为的含义是什么”、“理论上的地位如何”这些问题就都变成刑法理论中应当进一步追问的问题。

所以，我国刑法第13条所规定的“危害行为”不应是犯罪构成客观方面的行为，其在刑法理论体系上应有独立于犯罪构成的地位，具体理由如下：

（1）从存在论上看，危害行为与犯罪构成是对应关系。通说所指危害行为三要素，即有意性、有体性和对外界的作用，与作为犯罪构成的主观要件、行为要件和结果要件的最大区别在于：危害行为的诸要素是客观事实，是社会的存在；而犯罪构成的诸要件是法律所规定的评价标准，事实的要素与犯罪构成要件是对应的，是被评价和评价的关系。而与危害行为对应的概念应该是犯罪构成整体。

（2）从司法裁判层面上看，对于危害行为的认定先于刑法适用。危害行为事实是引起刑法评判的根据，只有出现严重危害社会的行为，才能提起刑事诉讼，并依据犯罪构成进行定罪，其逻辑顺序是：危害行为出现在先，符合犯罪构成评价在后。易言之，如果危害行为是犯罪构成的客观方面，那么犯罪构成就不再是法定的评价标准，而成了事实的归类，且没有考虑行为概念对这些要件的连接和统摄，彼此之间缺乏有机联系。不仅没有承认行为作为基本要素、连接要素和界限要素机能的理论前提，而且最终否定了刑法的罪刑法定原则，这会出现脱离法律规定认定构成要件的情况。[①]

（3）从行为机能上看，危害行为是犯罪构成符合性评价的基础。我国刑法

---

① 理论上就出现过未考虑危害行为作为连接要素的机能并脱离法律规定，认定的主观构成要件的观点。如违法向关系人发放贷款罪，就有人认为：“因此，对于造成的较大损失，行为人主观上是故意的；对于造成的重大损失，行为人主观上是过失的。由此，本款之罪的主观罪过既可以是故意，也可以是过失”（侯国云：《论新刑法典若干新罪名罪过性质的认定》，载《法学家》1998年第3期，第55页）。这样就将具体犯罪事实中行为人可能出现的心理态度当做法定主观要件，从而将被评价的对象（即危害行为的意识意志）当做评价的依据（即主观构成要件）。

理论通说认为："行为符合犯罪构成就是刑事责任的根据，并且是惟一根据。"[①]首先，从语言逻辑上看，只有先肯定存在危害行为，才能判断是否符合犯罪构成，这种先后顺序是显而易见的，所以，危害行为是判断是否符合犯罪构成的事实基础，有作为犯罪基本要素的机能。其次，从规范逻辑上看，危害行为有作为连接要素的机能：危害行为是连接、统摄各犯罪构成要件的根据，所有构成要件应当围绕危害行为设定行为要件、行为人要件、客体方面、结果要件、主观方面等，是危害行为将所有构成要件联系起来，并类型化于一个犯罪构成之下。最后，从反面看，如果危害行为根本不存在，也就不需要提起犯罪构成评价的问题，更不可能成立犯罪。这就是危害行为的作为界限要素的机能。先于犯罪构成之前考虑行为的机能，预先将一些不属于危害行为的事实排除犯罪之外，不仅有利于保护无罪的人不受刑事追诉，也有利于节约司法成本。

（4）从法律规定看，危害行为未必都是犯罪行为。我国刑法第 13 条对"危害社会的行为"还有一个"但书"规定，即"但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪"。如果在犯罪构成之中研究危害行为，那么也就是说，犯罪构成的行为中还包括非犯罪行为，这是不可思议的。而如果危害行为存在于犯罪构成评价之后，那么对其所进行的研究就显得多余。

李海东教授也表达了与上述理解一致的观点："我们在确认行为这一前提以后，仍然需要用构成要件的其他因素来对行为进行进一步的评价，以确认这个行为是否完全具备某一具体犯罪的构成要件……构成要件不仅不等同于行为本身，而且，成立的行为本身仍然是独立于构成要件的。"[②]

所以，应当肯定危害行为的社会特性，肯定其在刑法理论体系中独立于犯罪构成的地位。

第三节　不法判断基准之争

行为无价值与结果无价值在不法判断基准上也有区别。行为无价值是事前判断，即以行为人的角度所进行的事前判断，其中刑法的规范功能为决定规范；

① 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 84 页。我国刑法统编教材也持此观点。高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社 1999 年版，第 360 页。

② 李海东：《刑法原理入门》，法律出版社 1998 年版，第 33 页。

而结果无价值则相反，是一种事后判断，即以一般人的角度或者说以法官的角度进行的事后、客观评判，刑法的规范功能是评价规范。下面对不法内容与规范功能的评判基准两方面分别论述。

一、对不法内容的判断基准

（一）应否承认刑事不法的实质内容

德国刑法学家李斯特、施密特提出了形式违法与实质违法的区别，实质违法是指“危害社会的行为”。[①] 当然，理论上还有观点把不法的本质理解为“法益侵害”或“规范违反”，这里为了论述的方便统称为“社会危害性”。

德、日刑法典中没有类似于我国刑法典第 13 条、第 14 条等条款中关于“危害社会”的规定，所以理论上也存在否认“社会危害性”的观点。如“首先应否认刑法中的‘社会危害性’概念，因为社会危害性在某种程度上引出了一个在构成要件性表述的不法之外的独立内容，且从外部、附属性地构造了它的理论生命；事实上它（社会危害性）更应融入不法概念之中。”[②] 再如“构成要件的行为本来是不法行为、反道义行为，是伦理非行的类型化，所以，它不仅是含有侵害法益或侵害法益的危险，而且充满着伦理性的道义的内容。”[③] 在这种理论前提下，就没有独立于构成要件的不法内容。

虽然，德、日刑法典中没有“危害行为”之类的规定，但并不能说明上述理论是正确的。德国刑法分则还是规定了一些借助社会危害事实才能加以判断的要件，如德国刑法典第 264a 条的诈骗投资罪所规定的“向不特定多数之人为不正确的有利的投资、或隐瞒不利的事实”的行为。因为该犯罪侵犯的是不特定多数人的利益，且没有规定损害结果，所以其危害性就得依据社会事实进行评判，即“社会危害性”；如果否定“社会危害性”事实，就会得出“该规范没有刑法的保护客体，这在构成要件的行为中已表现出来，因而，它根本就不是侵犯行为。应当将第 264a 条从刑法典中删除”的结论。[④] 这一结论无疑给人

---

① ［德］李斯特、施密特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社 2000 年版，第 201 页。

② Rainer Zaczyk: Der Begriff “Gesellschaftgefährlichkeit” im deutschen Strafrecht, in: Modernes Strafrecht und Ultima – ratio – Prinzip, Aufl. 1990, S. 119.

③ ［日］小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社 1991 年版，第 64 页。

④ Rainer Zaczyk, a. a. O. S. 127.



以削足适履之感。日本小野清一郎教授虽否定了构成要件之外行为的社会危害性事实，但在论述不能犯时却不得不承认："假如考虑的主要是'危险'，那么它就不能'脱离客观关系'去考虑，即使说主观的……也应认为是其主观认识和客观事实相关的现实的'危险'"。①

因此，完全否定不法中的社会危害性显然难以让人信服。

德国一些学者直接采用了"社会危害性"概念（Gesellschaftsgefährlichkeit 或 Sozialschädlichkeit）。② 如耶塞克认为："将犯罪行为表述为'危害社会的行为'是正确的。"③ 库门佩曼（Krümpelmann）认为："社会危害性表现为每个刑事不法的本质性组成部分。"阿默伦（Amelung）则将"损害（社会）系统"的行为定义为有"社会危害性"的行为。④

社会危害性事实是立法和司法的基础。因为"行为具有严重的社会危害性，才将其规定为犯罪，从而才规定相应地刑罚"⑤。而且，严重的社会危害性作为犯罪的本质特征，在定罪时也不容忽视，只有正确揭示行为的社会危害性及其程度，才能正确定罪量刑。

所以，应该承认"社会危害性"在刑法理论中的地位。

（二）关于判断基准的理论分歧及其批判

结果无价值论将"社会危害性"理解为法益侵害的结果，而单纯的行为本身并无社会危害性，也不能表达刑法上的结果无价值，只能视为法律上中立的概念。只有在行为引起法益侵犯（即其处于社会危害性条件之下）时，才能作为刑法上相关不法的基础。

如李斯特认为："原因和条件是重合的，说得更确切些，结果的诱因总是充分的，它的原因则不是必须的。对因果关系而言，结果的全部条件有时同样重

① ［日］小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社 1991 年版，第 80 页。

② 需要特别说明的是，这里的"社会危害性"概念不同于我国刑法理论中作为犯罪本质的"社会危害性"概念，后者是主客观相统一的，而前者则主要指行为对社会的客观损害。

③ ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 288 页。

④ Vgl, Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 81.

⑤ 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 17 页。

要。"[①] 贝林格认为，行为是导致结果的条件之一，与其他条件不同的是，不法中的行为是一种"优势条件"，故而可为原因。[②] 无论是持条件说还是持原因说的结果无价值论，都设定了一个客观的考察者（Objektiver Beobachter），通常是法官或一般人，对引起结果的诸条件进行客观考察，这种考察是从结果到行为的逆推过程，以确定导致结果的原因。因此，这种考察是事后的考察。

以某伤害案为例。某甲伤害了某乙，某乙误信"金丹"能够治愈而拒绝就医，以致延误时机而死。事后考察的出发点是"某乙死亡的结果"，然后进一步在导致结果的诸条件中确定处罚的事实根据，某甲的伤害行为和某乙的行为均是条件，最后根据条件说或原因说来追究某甲的责任。

所以，以因果关系作为判断的方法，只能是一种事后判断。

即使是一些以结果无价值论难以解释的问题，如不能犯的社会危害性，他们也勉强进行了事后的判断。如麦兹格认为，不能犯的社会危害性是"损害了法安全的感觉"。安德洛克斯（Androulokis）认为，不能犯未遂"动摇了法益的和平状态"[③]。

但是，这样来理解刑事不法，只是赋予了行为人的内心以"作为结果的操纵杆"[④] 的意义，即对结果作了精神化处理，并没有对结果进行真正客观的解释。

行为无价值论对这种事后判断提出了批判：第一，如果只着眼于对"结果"进行广义理解来解释既遂犯、未遂犯（包括不能犯）时，则"结果"概念无处不在，甚至在"危险"未遂的情况下也可考虑其"结果"概念，如此以来就不会将主观不法要素置于一个显要的位置，"人的不法概念也只能沦为旁门左道"；第二，"技术、工业、交通的发展以及社会生活日益紧密的联系使个别的损害事件作为因果关系的结果归责于个别的行为人变得越来越复杂"，"个体人之行为与被害人的具体损害结果事实之间的因果关系越来越经常性地成为不可回答的问题（如辐射、空气污染、药物剂量等）"。基于这些考虑，"只要刑法

① ［德］李斯特、施密特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第184～185页。

② 贝林格语。洪福增：《刑法理论之基础》，三民书局1977年版，第105页。

③ Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 84.

④ 同③。

坚持要求结果引起，那么因果理论就会阻碍有效的刑法保护”①。

也有结果无价值论者提出类似的观点，如“在现代社会中，人们若想绝对不侵犯别人，就不可能生活，因此，每个人都必须在某种程度上忍受他人的侵犯。如果对所有侵犯行为都予以禁止，也就容易阻碍个人的活动”②。并在这个理论基础上坚持刑法谦抑性原则。虽然，平野龙一教授的上述观点与行为无价值论的说法相似，但是，他站在事后判断的基准上，没有全面地揭示行为的社会危害性，也就不可能综合行为无价值和结果无价值两方面提出现实可行的刑法谦抑性方案。

所以，基于因果论对不法事实所进行的事后判断是值得怀疑的。

行为无价值论以规范违反为考察的标准，以行为作为考察的对象，即以行为人的角度对行为的危险性进行事前的预测，如果行为人个人认为存在危险性，并违反了义务实施了行为，就认为存在不法的事实基础，至于客观上是否出现结果、行为与结果之间是否有因果关系等，则一概不问。如穆茨贝格（Münzberg）认为，不法的根据在于行为人违反了客观的行为义务，这种义务不能主观地依行为人的态度而定，而应从事前的角度依行为的客观结果发生的可能性及其与行为的对应性来判断。③ 这实际上是一种事前判断。所以，“进行义务考察的思考与事前判断有相通之处，或者已汇入事前判断之中”④。

从事前进行判断，就不可能以法益侵犯的结果作为严格的判断标准，因为这种结果在事前只是一种不确定状态，“这里评判的标准尚须保持开放的状态”⑤。齐佩鲁斯（Zippelius）认为，实施了行为，不法即告成立，不法判断只涉及对人的行为的判断，结果是超出规范效力之外的要素，如“枪弹一经发射，就没有什么命令能够干扰它的飞行”，更“不能禁止其命中”⑥。威尔哲尔也认为，结果“缺乏与目的相联系的关系”，只能作为不法的条件，并非基本事实。

---

① Armin Kaufmann: Zum Stande der Lehere vom personalen Unrecht Festschrift für Welzel zum 70. Geburststag, 1974, S. 413 ~414.

② ［日］平野龙一主编：《现代法Ⅱ——现代法与刑罚》，岩波书店1965年版，第22页。

③ Münzberg, Zitiert von Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 27.

④ Armin Kaufmann, a. a. O. S. 401.

⑤ 同④。

⑥ Zitiert von Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 25 ~26.

"法益侵犯只有包括在人的违法行为中才具有刑法上的意义。人的行为无价值是所有刑事犯罪的一般无价值。在许多犯罪中（如结果犯、危险犯），状态无价值（对法益的损害或威胁）都是缺乏独立性的条件。"① 奥托认为："最终证实，这一结果并非由主观要素来确定类型的那些犯罪的不法，取而代之的是，它应作为纯粹的例外表现而加以撇开。"②

无论是将行为无价值理解为"与目的相关"的志向无价值，还是以客观义务违反作为行为无价值的内容，在行为无价值论的视野中，结果都只是不法的条件，要么降格为"适用刑罚所需要的一般性标准"③，要么视为"例外的表现"（奥托语），总之并非构成刑事不法的基本事实。

因此，在事前判断，刑事不法的本质不在于法益侵害的结果，而在于行为的样态、种类和主观心理态度等的反规范性。

对此，有学者提出了批评。吕德森（Lüderssen）和乌森赫默尔（Ulsenheimer）认为，否认行为对社会的客观损害，即法益侵害的结果，而"以禁止或命令（必须是抽象的）'教育式'地影响法共同体成员的社会伦理内容，这就赋予刑法一个警察国家的形象，这与其在当今法治国家中所扮演的形象不符"④。

不仅如此，更需说明的是，即使承认了结果在某种情况下可以作为不法的条件，而不承认行为与结果之间的关系无价值，⑤ 也不能准确地说明不法的事实基础。"如果仅将行为无价值作为不法的基础，且因而把结果视为可罚性的客观条件，那么只要出现结果就够了"，就可以认定结果犯和危险犯的既遂。因为，既然"目的与结果出现没有关系"，也就不需要在行为的不法中对"结果的客观归责性问题进行深入的研究"。如前所述，行为人实施了构成要件的行为，主客观上违反了禁止和命令，结果的出现作为条件只须"客观地出现即可"，无须特别加以确定，也无须证实行为人的意欲，都可构成一定质量的刑事

---

① J. Hirsch: Der Streit um Handlungs - und Unrechtlehre, ZStW, Bd. 94, 1982, S. 244.

② Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW, Bd. 87, 1975, S. 543.

③ Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 207.

④ Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 82.

⑤ 这种关系无价值在传统理论上被称为因果关系，在当代刑法理论上还加入了客观归责性评判，所以理论上被称为"关系无价值"（Beziehungsunwert）。一元的行为无价值论一般否认这种关系无价值。

不法。①

否认关系无价值显然无助于定罪。以前述伤害案为例。某甲基于杀人的故意伤害了某乙，某乙误信“金丹”能够治愈而拒绝就医，以致延误时机而死。如果否认关系无价值，只以行为与结果作为认定犯罪既遂的标准，则某甲的行为应当构成故意杀人既遂。这显然是不合理的。

总之，以结果为根据进行事后判断虽明确、具体，但难以揭示行为之反社会性；以行为为根据所进行的事前判断虽能揭示人的危险性和行为的反社会性，但无法解决客观归责性的问题。所以，事前判断抑或事后判断均不能单独用以判断不法的事实基础。

二元论试图弥补上述一元论的片面性，主张分别从事前和事后两个基准对社会危害性进行判断。麦霍菲尔认为：“刑法中的利益保护……决不可能是绝对的。没有什么法益能够‘在任何情况下’都被保护，其保护必须考虑利益冲突的情况。”“行为只在可能出现危及他人利益的情况下才需要考虑禁止和命令，以避免他人的利益侵犯。”“利益侵犯”的结果是否出现，是考虑行为危害性的前提，这应该根据客观的标准进行事后判断；而行为人之行为是否有社会危害性，则依“一个‘理性人’在行为人的位置和环境中的能力限度”为标准，②进行事前的客观判断。日本学者佐伯千仞也提出其观点：“行为的违法性是行为给社会所造成的现实法益侵害之危害结果，所以裁判官对违法性的判断是需提起审理的结果出现后所作出的判断，行为人当时的判断只在能够阻却违法性的时候才有意义。”③ 这样，就将事前判断和事后判断相结合。

但是，上述观点在判定违法性和违法阻却方面标准不一致，在具体审判中会出现问题。如误想防卫与正当防卫之间，从事前基准判断，二者并无区别，都没有行为无价值；只有根据事后判断，才发现误想防卫存在结果无价值，而正当防卫没有无价值要素。问题就在于：如果预先可以确定是正当防卫抑或误想防卫，那么选择适用判断基准固然没有疑虑；但是，在评判之前，不可能知道该行为到底是哪一种性质，那么依据什么来选择适用评判基准呢？而且，采

① Nach Christos Mylonopoulos, a. a. O. S. 46.

② Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 150 ~ 153.

③ ［日］佐伯千仞：《刑法中的违法性理论》，载［日］川端博：《刑法总论二十五讲》，余振华译，元照出版有限公司 1999 年版，第 74 页。

用什么基准直接关系到评判的结果，如果判断基准不统一，就给司法擅断留下了余地。

儒多菲（Rudolphi）认为，在不法中，“起决定作用的有两个层次：第一，取决于事前观察，即行为人是否以及多大程度上以其行为追求符合构成要件的事态无价值；第二，取决于事后从已出现的不法结果进行的观察，即在客观上符合构成要件的轨迹中行为人所导致的不法结果是否以及在多大程度上能够归责于行为人个人”。[①]

应该说儒多菲的观点是合适的。因为在不法事态的评判中，事前判断与事后判断应该相结合。在行为无价值中，如果仅进行事前判断，如误想防卫行为，可能得出没有行为无价值的结论；但是，如果同时进行事后判断，就必须进一步考虑行为人是否有过失或者其他罪过，以判断其是否存在其他的行为无价值。如甲、乙、丙三人看到便衣警察在抓捕朋友丁，误以为是抢劫，上前将便衣警察打成重伤。以事前判断为基准，则三人的行为可以排除妨害公务罪的行为无价值，但是从事后判断，则还必须考虑三人是否有故意伤害罪的行为无价值。所以，仅从事前判断不利于对行为的定性，而仅从事后判断也不利于保护被告人的合法权利。

二元的不法理论承认了关系无价值，认为不法应“按照这种关系的对象（行为与结果）来确定”。拉姆帕（Lampe）认为，只要这种关系承担着无价值的意义，就将行为无价值与结果无价值都纳入了不法之中。[②] 不仅如此，二元论还认为，社会危害性“只在人们将其理解为社会内容时，才能当做社会体系的种类”，相应的，“不法才有了社会危害性的意义”。因为行为只有“在人的社会关系领域意义上”才能获得作为社会存在的意义。[③] 社会意义上的行为是法益侵害的结果、因果关系的限定因素，只有通过行为，结果才能获得其社会的意义。从而，“那些为法秩序所重视的结果无价值的种类必须附属性地成为不法理由”。另外，法益侵害的明确性和客观性对认定行为的社会危害性、确定行为无价值也有重要意义。立法上，“法益侵害表现出一种与刑法逻辑及法治国家

① Rudophi：Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für Maurach, 1972, S. 68.

② Christos Mylonopoulos：Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht，Carl Heymanns Verlag KG，1981, S. 80.

③ Christos Mylonopoulos, a. a. O. S. 82.

基础相协调的、限制根据社会危害性进行犯罪化的作用”，这不只是“来自于刑法目的，还来自于基本法（宪法）的规定”；司法上，“法益侵害虽非社会危害性本身，但却是社会危害性的条件”和要素，仅依行为无价值的程度来裁量刑罚，“不只与刑法的逻辑相矛盾”（拉姆帕语），而且“与基本法相悖”（耶塞克语）。①

二元论的判断基准可以从以下两方面分析：

（1）以事前判断为基准，即依义务考察的思想看，“社会危害性的前提是违反客观注意义务”，只有违反客观注意的命令，“行为无价值才能在社会中获得其存在的内容”②。这种客观注意义务是以一般人为标准，站在行为人的立场对义务所进行的事前预测，不考虑行为人的特别认识，一般人在事前认为行为并不违反义务、不存在法益侵害，那么该行为就不存在义务违反，属行为合价值；反之，则为行为无价值。这种客观的义务违反仍然属于客观不法的内容，不同于志向无价值。需要补充的是，“客观注意义务”并非过失犯和不作为犯所特有的不法构成要素，而是使“一般的或特殊的保证义务（Garantenpflicht）在人的方面成为所有刑法构成要件的基础”③。

（2）以事后判断为基准，即依法益考察的思想看，行为“动摇了”法益的安全状态，扰乱了法和平，“激发了法益侵害之结果的感觉”。这与结果无价值论对社会危害性的理解不同，二元论仅将法益侵害作为社会危害性的条件和要素。

事前判断与事后判断是相辅相成的。“缺乏‘法益侵害’的感觉，意味着缺乏客观义务的违反”（拉姆帕语）；反之，缺乏客观义务违反，结果也不能获得社会意义。“社会危害性是必要的不法条件，所以其前提，即法益侵害和客观义务违反也是不法的要素。”④

当然，二元论对“社会危害性”的解释并非无可挑剔。

首先，对事前考察所确定的“客观注意义务的违反”，克劳斯（Krauβ）提出了批判：“从‘人’的不法理论看，只有在行为人计划或预见到法益侵害时，

① Christos Mylonopoulos, a. a. O. S. 82.

② Christos Mylonopoulos, a. a. O. S. 86.

③ Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 157.

④ Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 86 ~ 87.

才存在赋予个人以防止客观危险状况之义务的法律命令。在这种案件中，从‘具体情况’中并不能推论出‘具体的义务’，因为客观上没有指出一个可能出现的结果。对法益的威胁状况存在于行为人观念之中。”① 如以医生开车轧死他人为例。谨慎开车的义务，并不是依据其“医生”的地位来加以确定的。再如行为人以其特有的认识故意伤害了一个患血友病的被害人，导致被害人出血而死。因为行为人的特有认识鲜为人知，根据社会一般人的立场进行事前判断，是很难得出正确结论的。值得提出的是，这种批评是否正确，本身也值得商榷，后文对这种“具体义务”的标准还要进一步论述。

其次，对不能犯的结果，从事后考察所确定的“动摇了法益的安全状态”，这一提法也是值得怀疑的。这与结果无价值的观点一样，对不能犯的结果进行了精神化、抽象化处理，使得结果概念本身失去了应有的明确性和客观性，这也是不妥当的。

最后，二元论在关系无价值问题上的结论并不一致。加拉斯将其理解为一种“目的、因果关系”②。麦霍菲尔认为：“在人的归责中存在着对‘因果理论’的限制。在不法层面上，就行为人在行为结果的客观归责性之外，因其行为按社会（一般）标准能够进行非难而言，我们可以追究行为人的责任。”③ 儒多菲认为，应考虑“不法结果是否以及多大程度上归责于行为人个人”的归责问题。④ 耶塞克认为：“一般情况下，行为人引起结果的发生，对结果的客观归责是有必要的，也是足够的。”⑤

因果关系与客观归责性是有区别的。“为了解决归责问题，因果关系的自然科学的范畴，只能提供外部可加，而不能提供结论性答案。”“客观归责的标准有时还限制了因造成结果而产生的责任。相反，还有一些情况是刑法要求某人对结果的发生负责任，但这一结果并非在自然科学意义上发生的。”⑥ 此外，二者的联系也是不容忽视的，“尽管行为作为导致构成要件结果的原因构成了客观

---

① Krauβ: Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, ZStW, Bd. 76, 1964, S. 53.

② Gallas: Zur Struktur des Strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrft für Paul Bockelmann, 1979, S. 161.

③ Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 157 ~ 158.

④ Rudophi: Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für Maurach, 1972, S. 68.

⑤ ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第339页。

⑥ 同⑤，第338页。

归责性必不可少的基础，但这里不是每个原因在法律上都是重要的，且能够说明刑法之责任的理由。只有那些与刑法相关的、以'构成要件相当的'因果过程为依据的行为结果才是客观可归责的。在构成要件的框架内，应对结果之原因的经验性问题和应进行规范评价的结果的客观可归责性加以区别"。[①] 有鉴于此，德国通说的刑法理论将因果关系与客观归责性加以区别，以条件说确定因果关系，这是一种事后判断；而以客观归责性评判来确定行为人应对结果所承担的责任，这是一种事前判断。如"人们习惯上通过将行为人理解为是一个'理智的人'这种情况，来对行为人的因果认识问题进行补充性的思考（事后预测）。为什么说它是'事后的'预测呢，这是因为法官是在行为之后来对当时的情况进行追忆。除结果外，因果过程的方式和方法也不是完全不可能的，因为只有行为中特殊的危险性在结果中被实现，客观归责才能被认为是正当的。"[②]

日本的二元论一般主张折中的相当因果关系说，如"折中说系立于主观说与客观说之中间立场，一并考虑行为当时一般人所能认识之事实及行为人已认识之事实的两面，而确定'适切之准则'，故以其符合因果关系论之本旨，被认为系妥当的见解"。[③] 再如"根据折中说，必须以行为当时一般人曾经能够认识的事情和行为人特别认识的事情为基础，判断相当因果关系的存否。"[④] 这种观点实际上是以"一般人"和"行为人"的立场所进行的事前判断，是一种双重标准。当然，在一个判断基准上，适用两个不同的标准，其结论常常是不一致的，上述行为无价值论的二元论也并没有作出合理的解释。

所以，在不法评判基准上，无论是二元论的事前判断，还是二元论的事前与事后判断的机械结合，都不能得出让人信服的结论。

（三）我国刑法中"社会危害性"的机能

我国刑法中对"社会危害性"有明文规定，有规定于犯罪概念中的，如我国刑法第 13 条、第 30 条；有规定于犯罪构成要件中的，如我国刑法第 14 条第 1 款、第 15 条第 1 款；有规定于刑事责任中的，如我国刑法第 61 条；还有规定

---

① Wessels, Strafrecht AT, 1998, S. 44.

② ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 349～350 页。

③ ［日］川端博：《刑法总论二十五讲》，余振华译，元照出版有限公司 1999 年版，第 35 页。

④ ［日］大塚仁：《刑法概说》，冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 169 页。

于刑罚制度中的，如我国刑法第72条、第81条第1款。

我国刑法理论上对“社会危害性”的解释主要是三种观点：

第一种观点是利益侵犯说。该观点认为，社会危害性是行为对于一定社会利益的侵犯。如“所谓社会危害性，也就是对国家和人民的利益的危害性。”① 再如“社会危害性，是指对国家人民最基本利益的危害，对我国社会主义统治秩序的侵犯”。② 也有观点将“社会危害性”理解为“法益侵害”，如“所谓社会危害性实际上就是对合法权益的侵犯性。”③ 这种观点强调“利益侵犯”，有似德、日刑法理论中的法益侵害说，即结果无价值论。

第二种观点是行为属性说。该观点认为，社会危害性是危害行为的属性。如社会危害性是“因行为人侵犯了刑事法律规范而给受法律保护的社会关系带来危害的行为属性”④。第二种观点近似于行为无价值论。

第三种观点是折中说。该观点认为，社会危害性既表明了行为对社会主义社会利益的客观侵犯，又表明了行为人的行为危险性、人身危险性和主观恶性等多方面因素，是主客观的统一。如“所谓行为的社会危害性，是指行为对我国的社会主义社会关系实际造成的损害或者可能造成的损害”。“不只是由行为客观上所造成的损害来说明的，还包括行为人的主体要件和主观要件。”⑤ 再如“犯罪行为作为人的主观世界的外化，作为一种物理过程和现象，以及犯罪行为对现实的客观存在的统治关系的侵害，对社会所造成的物质性或非物质性、这样或那样的损害等”，“这样，作为客观的犯罪行为的属性以及客观犯罪事实的特性，社会危害性必定有其客观性”。“基于上述认识，我们认为犯罪的社会危害性是主客观的统一。”⑥

第三种观点则近似于二元的不法理论。因为各理论的侧重点不同，其反映的社会危害性的功能也不一样。

第一种观点侧重于“利益侵犯”，而我国刑法以“保护合法利益”为目的，持“利益侵犯”说反映了刑法目的，这一点固然无可非议。但是，仅将“社会

---

① 高铭暄主编：《刑法学》，法律出版社1982年版，第66页。

② 喻伟主编：《中国刑法学新教程》，武汉大学出版社1988年版，第46页。

③ 张明楷：《刑法学》（上），法律出版社1997年版，第88页。

④ 高铭暄主编：《新中国刑法学研究综述》，河南人民出版社1986年版，第97页。

⑤ 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第20～21页。

⑥ 高铭暄主编：《刑法学原理》，中国人民大学出版社1995年版，第392页。

危害性”理解为“利益侵犯”，则似有不妥，因为：

（1）不能解释利益冲突情况下的社会危害性。当存在两个相互冲突的合法利益时，行为人必选其一，依“利益侵犯”标准就难以认定行为的社会危害性。如为了避免他人遭受流氓团伙的报复，强制将他人囚禁、限制自由。再如为了使自己免予被精神病人奸淫，不得已刺死精神病人。如果不考虑利益冲突，片面以个别利益侵犯作为认定社会危害性的标准，那么，这两种情况都应该认定有严重的社会危害性。这是不合适的。特别是，在解释排除犯罪性行为时，依据这种观点难以得出圆满的结论。

（2）不能解释无被害人的犯罪的社会危害性。在无被害人的犯罪中，并无具体的利益侵犯，如赌博罪，传授犯罪方法罪，聚众淫乱罪等。如果勉强依据“利益侵犯”标准来解释，只会得出两种结论：要么否认此类犯罪的犯罪性；要么将此类犯罪所侵犯的利益解释为社会利益、社会风尚之类抽象化、精神化的东西。前一种结论不应采信，无须赘论；后一种结论系把社会道德规范理解成为利益，从而失去了利益本来的、具体的含义。不仅如此，如果将“利益”（或法益）概念进行了抽象化处理，就意味着在社会主体——自然人主体和单位主体——之外，还存在一个优势的抽象主体，其利益可以高于个体，并可以为了这种抽象的利益和意志而肆意损害个体的利益和自由。如果这样，刑法就失去其保障人权的意义。

（3）不能解释人身危险性方面的因素。在犯罪中，行为人的人身危险性对社会危害性也有影响，从而影响其刑事责任。如常习犯、累犯等的社会危害性大于初犯、偶犯。若仅以利益侵犯来解释犯罪的社会危害性，就可能将一个怙恶不悛的杀人凶手与一个“大义灭亲”的人等量齐观，从而影响量刑的准确性。

（4）没有考虑行为人的主观恶性。因为过失犯一般以严重的利益损害结果作为构成要件，一旦成立过失犯，利益必定受到严重的侵害，而故意犯则不然。由此推论，依利益侵犯说，过失犯的社会危害性就应大于故意犯。这种结论与我国刑法规定的目的和精神是背道而驰的。

（5）无法解释不能犯的社会危害性。不能犯在客观上没有对刑法所保护的合法利益构成现实的侵害或威胁，依利益侵犯说，则只有否认不能犯的社会危

害性。[①]

第二种观点将社会危害性理解为一种行为属性，如果其行为概念就是指我国刑法第13条所规定的作为犯罪基础的、广义的危害行为，那么这种理解并无不妥。问题在于，刑法中的行为包括广义、狭义两种，所以不能仅作广义的理解。不仅如此，这种观点的缺陷还在于：

（1）刑法中的行为根据不同标准有不同种类。如依有无意思发动为标准，可分为有意思发动的行为和无意思发动的行为；依是否包含危害结果为标准，可分为包含危害结果的行为与不包含结果的行为；依行为对社会的作用分，可分为有危害的行为和无危害的行为。如果将社会危害性理解为行为属性，那么对“无危害的行为”的属性就不好理解了。

（2）不符合我国刑法的规定。我国刑法中，有的条款将“社会危害性”规定为结果，如我国刑法第14条规定：“明知自己的行为会发生危害社会的结果”；有的条款将“社会危害性”规定为犯罪的损害程度，如我国刑法第61条规定：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度”；有的条款则规定为人身危险性，如我国刑法第72条规定：“对于被判处拘役……的犯罪分子，根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会的”。当然，也有一些条款中的“社会危害性”是危害行为的属性，如我国刑法第13条、第30条所规定的“危害社会的行为”。由此可见，社会危害性在刑法中应当包括行为属性、结果的危害性、人身危险性和主观恶性等多方面的内容，不宜简单地解释为行为属性。

与上述观点不同，第三种观点从行为对我国社会关系的侵害或威胁入手解释社会危害性，在内容上涵盖了行为危险性、结果损害性或威胁性、人身危险性和主观恶性等，没有被禁锢于利益侵犯而放弃了行为无价值的内容，也没有因局限于行为属性而对社会危害性进行漫无边际的理解。这种理解是上述多方面的集合体，考虑了行为无价值与结果无价值的内容，包含了人的危险性和物的侵害性的意义，涵盖了志向无价值与事态无价值的要素，充实了规范违反与利益侵犯两个方面，立意全面，有利于正确理解我国刑法中犯罪的本质属性，理应受到推崇。

---

① 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第247页。

基于上述考虑，社会危害性判断就不仅要以行为、结果、行为与结果的因果关系等客观方面的事实因素为标准，这是一种事后判断；而且，要考虑行为人的人格、身份、主观罪过、目的、动机等主观因素，这是一种事前判断。

（四）结论

虽然社会危害性是多方面内容的综合体，但并不意味着各要素在所有的犯罪中应该等量齐观、一应俱全，也不意味着可以以某一种要素来认定犯罪的社会危害性。

以我国刑法第302条规定的盗窃、侮辱尸体罪为例。本罪的社会危害性集中体现于行为对社会风尚的破坏，具体而言，可为行为的反道德性、人格恶性、主观恶性，不需要有对具体生活利益的侵犯后果。那么，在本罪中，社会危害性判断的基准就是行为的反伦理性，人格恶性和主观恶性都包含在行为的反伦理性中。作为犯罪客体，“社会风尚”与其理解为一种抽象的、精神化的法益，不如解释为一种伦理规范或道德秩序，这与行为的反伦理性是相协调的。由此可见，本罪是侧重行为无价值的，体现在立法上就是规定为行为犯。

虽然如此，本罪仍然包含有一定的利益侵害。死者已矣，固然不存在法律所保护的利益；但是，盗窃、侮辱尸体行为同时侵犯了死者亲人的尊严，这可以被理解为一种利益。即或死者没有亲属，有关单位或管理机构也有一定的工作利益，该行为也侵犯了这种利益。无论是亲人的尊严还是单位的工作利益，都是具体的利益。这种利益侵犯，与结果无价值论的法益侵害不同，其不同之处在于，它在刑法上对定罪没有意义，只对量刑有意义。易言之，行为犯所侵犯的具体利益并非定罪意义上重要的利益，所表达的社会危害性比较稀薄，但绝对不是不存在。

立法者在考虑盗窃、侮辱尸体罪的社会危害性时，更侧重于行为的反社会性。对于完全没有利益侵犯的盗窃、侮辱尸体的行为，一般也不能认为构成犯罪，如唾弃、侮辱暴于荒野的弃婴尸体，挖掘无人管理的荒坟等也不应成立本罪。

所以，即使是立法上侧重行为无价值的犯罪，在定罪时也应当考虑行为无价值和结果无价值两方面的内容。

再分析一下不能犯的社会危害性。我国刑法理论中一般将不能犯归于未遂

犯中。[1] 有学者提出不同意见，批判这种观点“实际上采取的是抽象的主观说”，理由是：“犯罪是主客观相统一的行为，行为人主观上虽然有犯罪意图，但客观上所实施的行为在任何情况下都不可能发生危害结果时，不能认为是犯罪未遂。例如，行为人在野外向草人开枪时，不管其主观上有无故意，不管其是否将草人误认为是他人，该行为本身并没有导致危害结果发生的危险性。”[2]

这两个对立的观点，应该说各有其合理之处，其争论焦点在于不能犯是否具有社会危害性。不能犯是侧重行为无价值的犯罪，其社会危害性主要体现在行为人的主观恶性、人身危险性和行为的反社会性中。以上述向草人开枪案为例。行为人误认为草人是人并开枪射击，表明了其主观恶性和人身危险性，同时因为开枪行为的危险性较大，虽然命中的是草人，其行为的客观危险性已经具备。当然，如果某行为仅表现了行为人的主观恶性，而没有任何客观危险性，则不作犯罪处理。

所以，不能犯是侧重于行为无价值的，不能以此来否定其社会危害性和可罚性。

当然，也有一些犯罪的社会危害性侧重体现在危害结果之中。如我国刑法第 140 条规定的生产、销售伪劣产品罪，第 218 条规定的销售侵权复制品罪，第 165 条规定的非法经营同类营业罪等，这些犯罪的反伦理性较弱，刑法不侧重防止行为本身，[3] 而侧重于防止结果发生。

总之，社会危害性概念是一个机能性的概念，其侧重点应根据不同的犯罪特点来加以确定。相应，侧重行为的社会危害性的犯罪，其判断基准应该侧重于事前判断；侧重结果的社会危害性的犯罪，其判断基准应该侧重于事后判断。

二、对规范功能的判断

刑法规范从受法者的角度看，具有禁止或命令的功能，表现为决定规范或行为规范，是否违反决定规范是一种事前判断。我国古代就认识到刑法规诫的重要性，如“刑政虽峻而无怨者，以其用心平而劝诫明也”[4]。刑法规范从司法

---

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社 1999 年版，第 278 页。

② 张明楷：《刑法学》（上），法律出版社 1997 年版，第 260 页。

③ 这些行为有行政法规的处罚依据，主要通过行政法规来预防，只有出现严重危害结果的才以刑罚加以惩治，所以刑法侧重点不在于预防行为，而在于防止结果。

④ 陈寿：《三国志·蜀书·诸葛亮传》。

者的角度看，则具有准据和尺度的功能，表现为评价规范或裁判规范，如“大君任法而弗躬，则事断于法矣”①，揭示的就是刑法的裁判规范功能，是一种事后判断。

明确区分刑法的裁判规范功能和行为规范功能，应当追溯到享有“近代刑法学之父”美誉的德国刑法学家费尔巴哈。他说，“刑法，第一，与行使国家司法权的官吏相关联。刑法要求官吏对犯罪应当根据刑法处罚这一完全的拘束”，“第二，刑法与作为就违法行为应予威吓的可能的犯罪者在刑罚权之下的所有的人相关联。而且在这个考虑中，刑法对行为之法的不可能性与刑罚之法的必然性或行为的条件同样地说明。所以同样分为两个命题：（1）每个人应当停止这种被规定的行为。（2）实施这种行为的每个人应受法律上的刑罚，或者任何人没有实施该种行为，法律上的刑罚作为违法行为的法的必然的效果就不存在”②。

麦兹格明确的把刑法的逻辑结构分为“作为评价规范的法和作为决定规范的法”。正因为他的理论，围绕刑法规范的功能——决定规范（或行为规范）与评价规范（或裁判规范）之间的理论对立和论争才得以形成和发展。

（一）理论分歧

自黑格尔以来的主观不法理论均将刑事不法中的法规范视为禁止和命令。

客观不法理论将法规范与命令区别开来，认为客观的法仅指评价规范，不法是事后的、客观的评价，行为人主观上不服从命令则属责任评价的范畴。如麦兹格明确指出：（1）从概念上看，评价规范是判断一定的事项和状态在法律上是否被允许的规范，不问行为人的行为能力和责任能力，以所有人的举动为评价对象；而决定规范，是指以应该服从法律的个人为对象的义务规范。（2）从逻辑结构上看，法在作为决定规范以前必须是评价规范，在赋予命令之前，其本身也必须具有一定的理由。为实现规范所必须的命令和禁止，不是随意确定的，而是为了实现规范而从规范中提取出来的必要手段。换言之，法律规范是评价规范，只有面向一定的客观社会状态，经过逻辑推理程序之后才能得出决定规范的性质。因此，“命令是实现规范的手段”，评价规范在逻辑上应当先于决定规范，即在对行为作出评价之后，才能对行为人进行命令或禁止。

① 慎子：《慎子·君人》。

② 马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社1996年版，第87页。

所以，评价规范是关于不法的，而决定规范是关于责任的。

李斯特的观点与麦兹格相同。他认为，法律具有双重功能，即命令规范和评价规范。对评价规范而言，“法律以抽象的价值标准的面目出现，其适用可能性完全不取决于被评价的对象、人的行为所发生的方式”。“法律规定的价值规范可适用于所有人的行为，外国人、精神病人、儿童的行为，均可在客观上以法律为准绳作出评价。”所以，在考虑行为是否违法时，法律以评价规范的面目出现；而考虑到行为人是否有罪责时，则考虑法律作为决定规范的功能。[①]

但是，如果不考虑刑法规范中的价值评判要素，仅考虑事实与刑法记叙的内容在客观上是否相悖时，则以评价规范的功能，就足够了。如行为人客观上导致了他人死亡，这一事实与刑法的规定相左，通过客观评价就可以认定不法。但是，刑法包含有丰富的价值内容，在不同的条款中所表达的价值内容不一样，如“婚姻”、“侮辱”、“他人财产”、“危险”等，包含着一定的社会内容和法律观念，这些内容表达了“存在于具体价值关系中的本体的存在”，对其理解“不是需要单纯的智慧，而是需要采取一种心理上有价值感的认识”[②]。这样，欲评价不法与否，就必须考虑人的价值关系。然而，“作为价值载体的本体存在（人）绝非‘无价值的’，这种内在的价值差异存在于直接的价值关系之中，也就是说，存在于‘通过价值对现实存在（人）的一种内在强制，以及反过来，因现实存在（人）而在实体价值上的差异性’意义上的价值关系之中”。“因为现实存在和对人的作用所规定的那些现实性步骤，所以，比人的生活和共同体中的行为空间更高的精神生活都与具体的价值关系相关。”这种价值关系属于法律上应考虑的问题。[③] 不仅刑法中含价值内容的要素是如此，即使是纯粹描述性的概念（如“杀害”、“伤害”、“损害”等）也是“社会关系和社会意义的概念，其意义内容在其在社会整体的功能中才能表现出来”[④]。基于这种考虑，威尔哲尔认为，不法的评价不是仅存在于社会的“盲目因果关系”中，而必须处于社会的价值关系之中，法律所承载的价值实现与否必须在有价值观之主体

---

① ［德］李斯特、施密特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社 2000 年版，第 200 ~ 201 页。

② Welzel, Zitiert von Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 93 ~ 94.

③ Welzel, a. a. O. S. 74. Zitert von Zielinski, a. a. O. S. 60.

④ Welzel, Zitiert von Zielinski, a. a. O. S. 71.

的目的性中体现出来，如果目的性所表达的价值符合法律的价值，那么就认为人的行为是合价值的，反之，则是无价值的。由此可见，不法并不是一种事后的消极评价，而是一种事前的无价值表现，其违反的是决定规范。

齐林斯科认为，不法取决于行为人接受命令或禁止的效果，因而，“需要法律在内容上仅以可理解的方式命令行为人遵守义务，从事法律所要求的行为或不从事法律所禁止的行为”，“这意味着，规范内容上构成要件性的规定，即对所禁止或命令行为的规定是具体的，命令的接受者基于其现有的认识水平能够认识到其内容”，“规范内容必须是可传递的”。所以，“只有规范可理解时，才能有条件地转化为义务且得以遵守。其作为语言传递工具，能否得以理解，一方面取决于在立法者的视野中所理解的意义是一致的，另一方面也取决于受法者对该规范有一致的理解”。以土著居民为例。在他们的理解中没有刑法中所规定的平等的“人”的概念，他们认为杀死氏族内部成员与杀死氏族外的成员是有区别的，后者没有刑法价值上的“杀人”意义。[①] 在齐林斯科看来，不法就是在抽象的规范转化为具体的义务规范后，对义务规范的违反，如果规范不能被规范接受者所理解，就没有发挥其作用，也不能以之评价行为违法，所以刑法的功能也是一种事前的决定规范。

与波恩学派的志向无价值论相对，客观行为无价值论者认为，行为无价值应确定为客观的义务违反。齐佩鲁斯认为，规范是客观的，且对全体人们有效，但是为了使其对行为人能起到一个“方向标”的作用，就必须具有“在行为的那一刻”使人知道义务内容之特性。换言之，对于普遍有效地规范，必须在行为时转化为客观、具体的义务，并在行为人能够事前预知行为与结果之因果关系的情况下，才能认定行为是否不法。穆茨贝格则明确区分评价规范和决定规范，他认为评价规范表达了法律所不期待的特定状态及评价之后的处理结果，在内容上它能对行为人赋予动机的作用，并成为决定规范的法律标准，所以评价规范应先于决定规范。他还认为，认定违法的依据应为决定规范，理由是：(1) 规范在精神上对人的命令或禁止是必要的，因为规范只能“对人的精神，尤其是意志能力和实施能力”产生作用力；(2) 决定规范赋予一种客观的行为义务，所以违法性的认定不以行为人态度为标准，而以客观的行为义务为标准，

① Diethart Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 111 ~ 118.



是一种事前判断；(3) 评价规范不能被行为人所支配，在一些情况下危害结果所承载的规范意义表达了偶然的评价条件，并不能说明行为的不法理由。①

真正的“人”的不法理论则将不法理解为对社会伦理义务的违反。他们认为，“以道德为基础的义务”的违反是不法的实质内容，而行为无价值是形式的内容，二者共同构成“人的不法内容”。在不法判断中，“法律只能对具体法律主体要求其可能在客观上和主观上能够完成的东西，除此之外，具体的法义务就不能再进一步要求了”。其结论是“只有同时是有责的案件中才是违法的；一个无责的行为不能构成违法”②。

通过上述分析，基本可以得出结论：行为无价值论中的违法根据是决定规范（行为规范），而结果无价值论的违法根据是评价规范（裁判规范）。

在日本，这两种观点发生了正面论争。

行为无价值论者井田良认为：“行为无价值与刑法的行为规范（决定规范）功能之间具有必然的联系。结果无价值的违法概念在‘违法判断的明确化’和‘排斥道德化’方面不得不以失去对国民事前提示告知其行为是否允许的机能。在行为的时点上，行为者（以一般人在行为者的立场上进行事前判断）根本不知道其行为是否合法，这样确定的违法概念不能与罪刑法定原则及刑法规范的一般预防功能相联系。为了罪刑法定主义，行为无价值必须在行为的时点告知行为是否合法，以通过促使规范的遵守来达到一般预防。”③

结果无价值论者则提出异议：“违反决定规范在行为无价值论看来可能是‘常识的’，这样，容易被国民理解的概念才是违法的。但是，‘违法’一词与日常用语相当不一致，上述理解就并不恰当。”因为，在国民心目中，违法是“以裁判所的判断为准则的，判例中虽确定了行为违法，但对它绝对不处罚时，在国民中裁判所确定的行为就不能起到扬弃的作用”。相反，评价规范的“一般预防效果更广泛，首先是条文的文言，然后更进一步是从以前的裁判的先例中推导出来的（规范）”④。

---

① Münzberg: Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt, 1966, S. 256 ~ 257.

② Hardwig, Die Zurechnung, Ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburg, 1957, S. 121 ~ 132.

③ [日] 井田良：《行为无价值与结果无价值》，载《现代刑事法》1999 年第 1 期，第 86 页。

④ [日] 木村光江：《结果无价值论与行为无价值论之对立构造的意义和机能及射程》，载《现代刑事法》1999 年第 3 期，第 31 ~ 32 页。

通过分析，我们可以看到，上述观点均有失片面。

以结果无价值论的观点而论：（1）它完全没有考虑规范接受者对规范的理解情况，片面运用裁判规范裁定违法性，难免有失武断；而且，这种观点没有给刑事立法提供必要的要求，可能会不考虑罪刑法定的实质性要求，而硬性推行不明确且有失公正的立法，并试图通过裁判来弥补立法缺陷。这样，片面强调裁判规范功能，而不顾受法者的接受情况，就会失去规范与社会的互动、监督机制，不利于限制“利在杀人、危人自达、以钓声价”[①] 的司法专横现象；同时，局限于裁判规范的刑法也因无视社会的法感受，而丧失自身完善和发展的动能。（2）误解了裁判规范的一般预防功能。裁判规范仅指约束裁判官依法裁判的功能，并不表达其对社会公众的预防作用。之所以判例具有一般预防的功能，并非裁判规范的作用，而是在判例中所含有的规范所表达的决定规范的功能，故而判例的一般预防仍然是决定规范的功能。

以行为无价值论而言，其决定规范的观点也不是十全十美的，理由在于：（1）忽视规范的评价作用，如果刑法仅只有决定规范的功能，而没有现实的制裁力，其效果只是“有法不行，与无法同”，最终不可能保持其威慑力，从而失去决定规范的功能。（2）裁判规范有助于更好地实现一般预防的功能。裁判规范并非机械地适用法条，“不能从法律条文中靠逻辑演绎出来，而应该通过观察和分析现实的社会关系去归纳之”[②]。通过裁判规范的适用，在社会与规范之间进行反复的博弈，使规范发挥其社会功能，这样才能促进规范本身的完善；同时，通过裁判所判决的一个个案例对社会中不安定的分子又是活生生的教材，以儆效尤，从而更好地发挥规范一般预防的效果。

二元论一般认为，刑法同时有决定规范和评价规范的功能，但是因视点不同，观点也各异。

麦霍菲尔从规范的内容上进行了思考。他认为，刑法在对个人行为规范方面具有双重形象，即应当规范（Sollen）和允许规范（Dürfen）。“应当规范”命令个人应为什么或不应为什么，起到决定规范的作用；“允许规范”是应当的另外情况，是法律对某种行为的允许。在刑法中，构成要件是一种消极的应当规范，它并没有明确规定行为人应为什么或不应为什么，而只是规定了对行

① 李世民：《贞观政要》。

② 来栖三郎语。季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 87 页。

为的制裁后果，通过刑事责任的消极形式决定行为人的行为。所有应当规范并不是绝对的，“所有应当规范作为保护特定利益之工具，在有利益冲突的案件中，都被相反的允许规范所限制，在允许规范方面必须规定，作为工具以保护更高价值的、具有冲突性的利益”。但是，“应当”（Sollen）的内容是什么，“应当规范的应当与允许规范的允许相比，什么具有决定意义”在具体情况下也应有所不同。具体如何，应借助于刑法规范的第二功能——评价规范的功能。在评价规范中，“刑法变成了评价个体法律行为的标准，按照这一标准对行为人公开质问总体性的法律良心，并依照法律要求在必要时通过法律强制将个体带往法律行为的框架之内”①。与其相对，刑法在评价规范方面涉及“应当规范”和“能够规范”的双重形象。作为评价规范的“应当”不同于作为决定规范的“应当”，前者是针对社会一般人的规范标准，而后者则是事实标准。“能够规范”是对一般“应当”的限度标准，只有具备一般的“能够”标准，才能对行为人要求客观的“应当”义务，即存在不法非难。而进一步只有排除允许规范之“可以”，才能认为存在违反“应当”的不法事态（即利益损害）。决定规范在不法事态中起作用，评价规范在不法非难中起作用，不法事态与不法非难共同构成不法的内容。“由于对作为社会的人和作为个体的人发生作用，所以无论是作为决定规范的法还是作为评价规范的法都有双重性”，在不法中，对社会的人发挥决定和评价作用；在责任中，对个体的人发挥决定和评价作用。②

儒多非把志向无价值当做行为无价值，而把行为样态、结果都归于事态无价值（结果无价值）。在他看来，决定规范仅用以说明行为无价值，而评价规范则适用于事态无价值（结果无价值）。“刑法规范能够禁止或命令有能力进行未来的目的性安排的人的行为，每个违反规范的不法存在于行为无价值中，即存在于对规范所不允许的事态无价值的追求（即‘志向’）之中。”但是，行为所导致的结果的种类和严重性也是不法内容的重要方面，然而这是“不可命令的”，刑罚“威慑就转向了所出现的结果”，即通过刑罚法规的评价来说明不法。③

---

① Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 150 ~ 152.

② Maihofer, a. a. O. S. 152 ~ 155.

③ Rudophi: Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für Maurach, 1972, S. 70.

施塔藤威尔特（Stratenwerth）从刑法的任务来说明规范的功能。刑法为了实现预防的任务，需要将规范具体化为义务，通过“加于刑罚处罚的禁止和命令，从而必然被构造和理解为行为规范”，基于预防的任务而表现为事前的决定规范；另一方面，刑法还必须“确证被损规范的效力、实现对被害人确定的补偿（如系个人利益的话）、阻却那些进一步破坏法律和私设公堂”的行为，因而表现为评价规范（裁判规范），并“在整体上构成一个处理复杂社会冲突的法定程序”。如果仅将刑法理解为决定规范，其“复杂的影响过程就降格为一个可能的动机产生过程，不仅少有实践意义，而且不可能构成一个整体刑法的视点”①。

加拉斯在批评行为无价值等于志向无价值这一思想的同时，对行为无价值的规范功能进行了深入的解释。他认为：“规制人行为的规范表现为两个方面：第一，作为命令或‘决定规范’，这种规范有前述的法政策功能（联系到恰当的制裁威慑），即影响一般的、法律共同成员的动机；第二，作为实施规范用以禁止行为的‘评价规范’，它盖上了法律不允许（不应当）的印鉴，并为不法说明已出现的‘行为无价值’的理由。”对结果无价值而言，规范功能则有所不同。他认为：“作为纯粹因果事实行为的结果无价值只能以评价规范的标准加以衡量，对评价规范而言，其标准不是如行为无价值一样必须存在于‘不应为’之中，而是存在于‘不应是’之中。”②

日本学者大塚仁也认为，法规范分为评价规范和决定规范是妥当的，二者都关系到违法性和有责性的认定。在违法性论中，“正是在以社会一般人为对象的命令、禁止的前提下，才能够评价违反它的行为是违法的”。在认定评价规范与决定规范的顺序时，他认为，在司法阶段，“无论命令规范（决定规范）的接受者是社会一般人还是特定的行为人，都只有在存在对命令规范的违反行为时，才应该对其进行无法、有责的评价”。即决定规范先于评价规范；在立法阶段，则“评价先于命令”，“之所以要将某种行为规定为犯罪”，是因为从社会伦理“难以允许”或“一定的政策目的”看，“有必要用刑罚制裁来加以抑制”，“只有在先作出了是当罚性行为的评价之后，才能作为犯罪在法律上加以

① Stratenwerth: Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für Schaffstein, 1975, S. 185.

② Wilhelm Gallas: Zur Struktur des Strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrft für Paul Bockelmann, 1979, S. 158 ~ 162.

规定"①。

耶塞克认为,"法规范具有双重特征:作为命令它是决定规范,作为对行为进行法律评价的标准,它是评价规范","命令论在理论上的结论是,行为意志必须被理解为一行为违法性的核心,因为违反法命令的人的意志,是指违反了规范中确定的要求或禁止的意志"。但是,"就一行为的违法性而言,不仅是行为意志,而且行为所造成的后果同样是决定性的","法规范不仅考虑到行为无价值,而且也考虑到结果无价值——评价规范"②。

总之,二元论观点虽有所不同,但在以下方面达成了共识:

(1)刑法规范具有决定规范(命令规范、行为规范)和评价规范(裁判规范)的功能,二者对不法都有作用。

(2)决定规范的功能取向是预防,而评价规范的功能取向是制裁,在发挥功能的先后顺序上,决定规范先于评价规范。

但是,在上述二元论中,存在一个不容忽视的悖论。刑法规范是否对行为人发挥了决定规范的功能?行为人是否违反评价规范?这些问题都是司法审判中考虑的问题,而司法审判是可操作性很强的工作,对具体法律条款的理解、解释和适用,都由司法官员来把握,社会的人不可能都对规范有专业的理解,所以审判归根结底还是得依据评价规范来认定行为人是否违反决定规范和评价规范。也就是说,无论理论上多么重视刑法作为决定规范的功能,在司法实践中起决定作用的还是评价规范,那么"规范理论就只局限于表述法律条款的逻辑结构和种类,它一开始就与人(社会的人)擦肩而过"。在这种情况下,"规范接受者的地位只赋予了国家机构,那么要想不轻视作为国家本来组成部分的个体的人,是很难的"③。

既然如此,能否转而依前述结果无价值论的观点,仅承认刑法规范之评价规范的功能呢?回答当然是否定的。因为如果这样,就愈发加深了对人作为法律主体地位的轻视,使其完全降格为法律的适用对象,刑法的"罪刑法定原则"、"规范明确性原则"、"公正性原则"就变成了立法者不切实际的恩赐,没有任何现实的意义。

---

① [日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第46~48页。

② [德]耶塞克、魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第293页。

③ Eser: Verhaltensregeln und Behandlungsnormen, Festschrift für Lenckner 1998, S. 36.

所以，二元论虽揭示了刑法规范功能的本质和构成，但是并未揭示功能之选择。所以，这种理论成果在实践中没有表现出什么现实意义，理论上也没有真正消除行为无价值与结果无价值的对立。

（二）刑法规范功能的选择

德国学者厄塞尔（Esser）提出了选择的方案：

（1）根据已设立的行为规范和裁判规范，应当考虑到，规范依目的和内容的不同可能包含有不同的表述，这完全依据特定的人（或人群）的（事前期待）行为是否起决定作用，依据（事后以法官角度作为最终起决定作用的法律适用者的）第三者对行为人之行为的评判或可能的制裁是否起决定作用而定。

（2）一方面，因考虑到行为人而谈及“行为规范”时，语言上就需要表明：起决定作用的是任何情况下合规则的行为；另一方面，因谈及“裁判规范”，故而应考虑评判行为规范的遵守情况、行为与结果的归责情况和制裁措施的运用情况，以及审判官所负有的裁判职责。而且裁判规范适用时因运用了较多的法律技巧，它与行为规则的不同之处还在于使用了“法”的名称。

（3）考虑“行为规范”与“裁判规范”之间的交叉关系。经过裁判者的再思考，规范中可衍生出具有指示性的行为策略，而公民的行为规则也可以在某种情况下充当法官的裁判依据。①

决定规范和评价规范是刑法规范的两个不同的侧面，反映了不同的功能取向和价值取向。对行为人而言，决定规范发挥着更大的作用，其决定行为人的动机，影响行为人的行为，最终达到预防犯罪的效果；对法律适用机关而言，评价规范起决定作用，促使执法者恪尽职守、秉公执法，使犯罪人得以有效惩处，使无罪的人不受刑事追诉。所以，与决定规范相适的，一般是行为无价值，包括志向无价值和客观的行为无价值（Aktunwert）两部分；与评价规范相应地，是客观的行为无价值和结果无价值，也可合称“事态无价值”（Sachverhaltensunwert）。

我国刑法规定中并没有侧重行为无价值、结果无价值或二元的行为无价值和结果无价值任何一种，有的条款中侧重于行为无价值，有的条款中侧重于结果无价值，有的条款则对行为无价值和结果无价值并重。

① Eser: Verhaltensregeln und Behandlungsnormen, Festschrift für Lenckner 1998, S. 41 ~ 42.

侧重行为无价值的条款中，“行为要件”表达了主要的社会危害性和刑法的价值内容，而“危害结果”相对次要或不作为构成要件。这种条款有以下几种：

（1）行为犯。如伪造货币罪，拐骗儿童罪，刑讯逼供罪，绑架罪，拐卖妇女、儿童罪，招摇撞骗罪，聚众淫乱罪，盗窃、侮辱尸体罪，赌博罪，背叛国家罪，分裂国家罪，煽动分裂国家罪等。

（2）情节犯。此类犯罪以“情节严重”作为构成要件，如挪用特定款物罪，非法剥夺公民宗教信仰自由罪等。

（3）特别规定了实行行为的行政犯。这类犯罪是特别处罚一种或几种行政违法行为，体现了刑法对这些行为的重视，所以应为行为无价值，如违法向关系人发放贷款罪，内幕交易、泄露内幕信息罪等。

在行为无价值与结果无价值并重的条款中，同时规定了行为要件和结果要件，行为要件和结果要件共同表达了犯罪的社会危害性和刑法的价值。我国刑法典中绝大部分是此类条款，如盗窃罪，诈骗罪等。

侧重结果无价值的犯罪中，危害结果是定罪的决定要素，如果未出现结果要件，就不能对行为追究刑事责任或者无法查知其行为无价值。这类犯罪主要有过失犯罪和未规定特殊行为的行政犯罪。

从规范的功能侧重看，侧重行为无价值的刑法条款一般具有“为了遏制行为”的目的，即更侧重凸显刑法的一般预防目的。因为，这类犯罪的特征是：（1）行为具有严重的反社会性，或者是严重的反伦理性，或者具有较强的政治性，或者属于职权犯罪。（2）行为具有较大的危险性，这类犯罪一经实施，就会给社会带来严重的损害，其后果不堪设想。所以，对此类犯罪，不能停留于消极地惩治，而应该侧重积极地预防，相应刑法规范的功能主要表现为决定规范，以此规诫规范接受者：什么当为，什么不当为。因为对此类犯罪，刑法重在规诫、防患于未然，当然也并不能否定刑法的惩罚，否则也会出现“虽有重律、仅同空文”的局面，只不过是其评价规范的功能相对处于次要地位。

这类犯罪的规范特点有：

（1）一般为叙明罪状，记叙性要件较多，规范性要件较少，不易引起歧义。

（2）基本含义清楚。虽然任何刑法条款都不可能明确到不需要解释的地

步，但是过多需要法律技巧进行解释的条款却不易为人所知，也不易发挥决定规范的功能。然而，此类犯罪要么属自然犯罪，其基本含义千百年来已为人所熟知，如伪证、赌博等；要么影响恶劣，严重破坏社会秩序，如招摇撞骗；要么须以特定犯罪目的作为构成要件，如背叛国家罪；要么要求犯罪主体是专业人员，如内幕交易、泄露内幕信息罪，此类犯罪不会因规范内容的专业性而影响对规范的理解，从而影响决定规范的作用，也不至于以不知法为借口而推卸责任。

对此类犯罪的处理，应该注意：

（1）严格贯彻刑法谦抑性要求。因为立法时进行了范围较宽的刑法规制，刑法谦抑性原则在立法中贯彻不够，所以适用法律时，应谨慎行事、考虑刑法谦抑性要求，对两可之间的行为尽可能不罚或轻罚，如出于善良的目的作伪证的行为，司法工作中适当放纵少量犯罪，或许有助于社会状况的改善。[①]

（2）充分考虑决定规范的效果。对因不知法而误闯法网的人，可不作犯罪处理，如实施内幕交易、泄露内幕信息行为的一些小股东，因不懂法而非法获取内幕信息买卖证券的，可视为“情节较轻”而不予定罪；相反，对一些耳熟能详的犯罪，如伪证，则不能以不知法为借口而开脱罪责。

（3）强调刑法规制范围的科学性。在立法上应注意，对此类社会危害性大、涉及面广、关系重大的犯罪，立法上应注意一般预防，尽可能地减少规范概念的内涵，扩大概念的外延，以扩大刑法的规制范围，防止更多的人钻法律的空子，如滥用职权罪，就应侧重一般预防，把尽可能多的滥用职权的行为纳入刑法规制的范围，以促进吏治的清廉。当然，这个问题不是三言两语所能够解决的，详细论述见后文。

侧重结果无价值的条款则以惩治犯罪为目的，借刑罚赋予该规定以特殊的制裁力和执行力。在此类条款中，预防犯罪并非主要目的。以我国刑法第 133 条规定的交通肇事罪为例。该罪以“违反交通法规”为前提条件，而交通运输法规已经从各层次、全方位规定了一些制度，以保障交通安全，防止重大交通事故的发生，这是一种现实的、操作上的系列预防措施，如严格遵守交通管理规定，不仅交通安全会得到保障，交通肇事犯罪也会得到有效的遏制，所以在

① ［美］罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，张军等译，上海三联书店、上海人民出版社 1995 年版，第 741 页。

交通运输管理法规中已经充分具备了预防的功效，刑法中关于“交通肇事罪”的规定并没有特别强调处罚某一种或几种行为，并无特别的预防作用，而只能起到保障上述法规执行的作用。换言之，从预防角度看，刑法之规定只是一种剩余的预防，并未增加新的预防措施或方案，而是提高了原有法律的强制力。欲想使这种强制力具有现实性，惟有将刑法规定付诸实施。因此，此类刑法条款的规范功能侧重于评价规范，而决定规范功能相对处于次要地位。

侧重结果无价值的条款有以下特点：

（1）刑法条款中着重规定了结果无价值，行为无价值已在其他规定中有详细规定，刑法中不能也无须赘述，只须转用即可，故而影响行为人动机、决定行为样态不是刑法规范的首要作用，相反刑法明确规定了结果要件，是为方便评价、裁判之用。未特别强调实行行为的行政犯是行政法或经济行政法的延续，其行为无价值内容已规定在行政法或经济行政法之中。以我国刑法第 131 条规定的重大飞行事故罪为例。航空人员必须遵守航空法、航空操作规程和企业内部管理制度，违反这些规定即具备了行为无价值，而刑法规定结果要件的目的既在于明确处罚范围、方便操作，又在于基于刑法谦抑性要求而限定处罚范围。再以过失犯为例。刑法规定之外对过失行为也有一般的规章、纪律约束，如失火罪，在农村有乡规民约，在企事业单位有安全防火规定，这些规定对防止犯罪都能发挥积极的作用，赋予行为人以注意义务，以补充刑法中的空白构成要件。再如不作为犯罪，这类犯罪的作为义务的产生也有其来源，如基于民法的抚养关系而产生的救助义务，基于职务关系负有审查合同的义务等，刑法规范也不另行赋予义务，而只提高原有义务的强制力。

（2）其他规范的科学性制约着刑法规定的效力。在此类犯罪中，刑法的构成要件系空白构成要件，刑法规范的补充性和不完整性表现得尤为明显，须借助于其他规范才能形成完整的构成要件，相应这些规定的科学性、可操作性、运行状况就直接关系到刑法的科学性和可操作性。如果这些规定制定得科学、严密，运行状况良好，那么不仅犯罪能够很好地在刑法之外得到遏制，而且刑法本身也少有歧误，容易适用。

有鉴于此，对此类犯罪的处理应注意：

（1）严格根据结果要件适用刑法。此类犯罪之立法已充分考虑到刑法谦抑性要求，相应的司法中就不能放纵犯罪，以消除罪犯的侥幸心理。

（2）在充分考虑其他规定的情况下适用刑法。在此类犯罪中，其他规定已设定了详细的义务，故而不得托词“不懂刑法”而免予犯罪分子的刑事责任。只要出现了刑法规定的结果要件，就一定要处以刑罚。

（3）通过刑罚惩罚赋予规范现实的效力。这类规定一般具有较高的法律技巧，外行人很难从字面上得到准确、明白的认识，刑法的威慑力一般难以从规诫中获得。只有通过刑罚处罚，人们才能直观地认识到法律的效力，从而更严格地遵守规范，达到预防的效果。

在行为无价值与结果无价值并重的条款中，刑法的决定规范功能和评价规范功能同等重要。如盗窃罪，行为人的盗窃行为严重违反了社会伦理性和刑法所赋予的义务，同时又导致了利益损害的结果。当然，刑法所特别赋予的义务与其他规范所赋予的义务不同。如诈骗罪，刑法中的“诈骗”行为违反的是“不得骗人钱财”的义务，而民法中作为无效民事行为的“欺诈”，所违反的是诚实信用的义务，前者是“欺诈”行为中危害性最大的一种。

行为无价值和结果无价值并重的条款在我国刑法中居大多数，对此类条款的适用应注意：

（1）既要重视行为的反规范性，又要重视结果的损害或威胁性，二者不可或缺。

（2）既要考虑刑法对行为人的决定作用，又要考虑刑法规范的评价作用，前者要求考虑行为人的违法性认识或社会危害性认识，后者则要求法官正确理解刑法规范，并注意刑法条款之间的逻辑协调性。

小　结

通过分析上述对行为无价值论与结果无价值论在不法本质、思考方法、不法判断基准等方面的理论对立，可以得出结论，即行为无价值与结果无价值的二元论是合适的。但是，这并非无原则的折中，否则，不仅没有达到折中的效果，反而将行为无价值论与结果无价值论的缺陷集于一身。

笔者认为，行为无价值与结果无价值的二元论应该是机能性的折中说，应考虑到各种犯罪的具体情况，区别对待，以期发挥刑法的最佳功效，达到“惩罚犯罪、保护人民”的刑法目的。机能性的二元论有以下理论优点：

1. 有利于实现、完善罪刑法定原则

二元论既强调刑法的决定规范功能，又重视评价规范的功能。古人说："万事皆归于一，百度皆准于法。"[①] 决定规范要求刑法规范本身具有明确性和公正性，否则，"一切索隐行怪之徒，皆得乘瑕而蹈隙"[②]。而评价规范则是对司法者的一种限制，所谓："法轨既定则行之，行之信如四时，执之坚如金石"[③]，这样就可以限制恣意裁判。仅强调刑法的决定规范，就会忽视其在适用中的可操作性和界限作用，不能限制恣意曲解法律的现象，使刑法失去公信度；仅强调刑法的评价规范，就会使刑法过于技术化，非法律专家不能理解法律的本意，使民志不知所从，或钻研法律以获取法外利益，那么刑法虽布之于众，却形同虚设。机械地结合行为无价值与结果无价值，明确规定了行为样态和结果范围，在某种程度上无异于自缚手脚，不得不由法官进行自由解释以弥补刑法机能性不足，而这是很危险的。而机能性地结合行为无价值与结果无价值，则意味着根据不同情况分别重视行为无价值与结果无价值，使受法者知道应当知道的东西，如行为犯、情节犯中的行为，过失犯中的结果，以防止对社会造成某种危害；同时给司法者限定自由裁量的空间。这样决定规范与评价规范相得益彰，从而保障和完善罪刑法定原则。

2. 有利于实现刑罚目的

行为无价值有利于决定行为人的动机，规范其行为，从而预防犯罪；结果无价值则方便司法操作，有利于使刑法付诸实施，从而使犯罪行为得到有效的惩处。机械地结合行为无价值与结果无价值虽也在一些犯罪中能起到规范行为、方便裁判的功效，如盗窃罪，诈骗罪等行为无价值与结果无价值并重的犯罪；但是，在有些犯罪中却难以规范行为，如滥用职权罪中，因为有"重大损失"作为限定条件，所以行为人只会想方设法避免危害结果发生而不注意规范其职务行为；在有些犯罪中则难以惩治犯罪，如我国刑法第 181 条规定的编造并传播证券交易虚假信息罪和诱骗投资者买卖证券罪，该"编造"、"传播"和"诱骗"行为在中华人民共和国证券法和中华人民共和国禁止证券欺诈行为暂行办法的关于"欺诈客户"之条款中已作详细规定，刑法规定的上述行

① 《尹文子》。

② 沈家本：《寄簃文存》（卷一）。

③ 刘颂：《晋书》（卷三十）。

为与“欺诈客户”行为并不一致，且以“严重后果”加以限制，这就使司法裁判中面临困难。刑法中规定的“编造”、“传播”、“诱骗”行为社会危害性较大，如果该行为未导致“严重后果”但有“严重情节”的，是否应当处以刑罚？处罚，则与法不合；不处罚，则于理不容。反之，如果出现一般的“欺诈客户”行为且导致了“严重后果”，是否应当定罪量刑呢？定罪，则与法相违；不定罪，则不利于保护客户利益。

采用机能的二元论，有利于实现刑法目的：对侧重预防的犯罪，如渎职罪，行为犯，要求立法上选择行为无价值；而对侧重惩治的犯罪，如某些行政犯、过失犯，则转而采用结果无价值，以方便司法裁判，使刑法付诸实施；对同时侧重预防和惩治的犯罪，如盗窃罪，故意杀人罪等，则应该并重行为无价值与结果无价值。

3. 有利于保障人权

无论是行为无价值论，还是结果无价值论，都有失片面，因为它们都缺少另一方面的限制，相应也在某种程度上存在侵犯人权的情况。如行为无价值论片面强调行为对规范的违反，而不重视结果的限制，会使一些不具有可罚性的反规范行为也受到刑罚处罚。再如结果无价值论片面强调法益侵犯的结果，那么可能由于因果关系范围难以确定而罚及无辜。机能性的二元论认识到侧重行为无价值的犯罪尚有非构成要件的结果存在，这些结果是作为条件存在的，而侧重结果无价值的犯罪中也要考虑行为的客观归责性，这样，对于正确限定刑罚的处罚范围、保护人权也具有重要意义。

4. 有利于保护合法利益

有学者认为：“行为无价值论在某种情况下也存在不当缩小处罚范围的现象。如某些行为本身严重侵害或者威胁了法益，但由于其行为的反伦理性不明显（如行为人出于善良的动机、不是为了私利等）而不以犯罪论处。于是，当行为具有了结果无价值而行为人不具有故意、过失之外的某种特定心理要素时，行为无价值论又会不当缩小处罚范围，从而不利于保护法益。”“而二元论要同时根据行为与结果认定违法，显然从逻辑上看二元论认定违法的范围要窄”。[①] 以日本的二元论对强制猥亵罪的解释为例。“强制猥亵罪要求行为上具有刺激、

① 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第173～184页。

兴奋或者满足性欲的内心倾向；如果行为人出于报复、虐待等目的实施强制猥亵行为的，则不成立本罪。"①

但是，这种反对观点误解了行为无价值论。行为无价值论明确提出以伦理作为认定行为无价值标准的观点，只是一部分学者的观点，如威尔哲尔、真正的"人"的不法理论者；另一部分学者，如波恩学派论者、客观的行为无价值论者等，则以规范作为认定标准，规范违反并不等于伦理违反，这一点上文已经阐明，无须赘论。况且，行为无价值论中的"反伦理性"也并不等于主观的伦理违反。以真正的"人"的不法理论为例。其行为无价值是对"以道德为基础的义务"的损害，是客观的义务。② 或者退而求其次，即使承认行为无价值是一种伦理违反，上述批评的观点在自然犯的认定上面也不正确。以大义灭亲杀人为例。在等级思想盛行的时代，司法裁判采用春秋决狱，则该行为不构成犯罪；但是，如今这种以宗法制为核心的伦理已经荡然无存，取而代之的是保护人权的现代伦理，那么，对大义灭亲杀人行为的处理仍然应该构成犯罪。所以，即使在现代，自然犯的法律价值也仍然与伦理有非常密切的关系。

这种反对观点还误解了结果无价值论。结果无价值论并不反对主客观相一致的原则。以猥亵罪为例。结果无价值论的代表人物麦兹格认为，应该考虑行为人的主观倾向，即以行为人主观上出于"猥亵"之情操为必要。③ 所以，不能以强制猥亵罪的内心倾向为由来否定行为无价值论和二元论。

这种反对观点还误解了二元论。如大塚仁教授所主张的二元论侧重于行为无价值，而野村稔的二元论则侧重于结果无价值，很少有人主张绝对无所侧重的二元论。

笔者所主张的机能二元论同样并不意味着所有犯罪都必须同时重视行为无价值与结果无价值，只有承认二元论，对具有不同特点的犯罪进行解释就有一个机能性选择的理论空间，如对于刑法侧重行为无价值的犯罪就尽量少一点结果无价值的限制，对于侧重结果无价值的犯罪刑法则也不应过多局限于某种行为无价值之中，前面批判过的我国刑法第 181 条规定就应如此。只有这样，在

---

① 大塚仁的观点。张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 184 页。

② Hardwig, MschrKrim, 1961, S. 196, 197; vgl, Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 112.

③ 洪福增：《刑法理论之基础》，三民书局 1977 年版，第 265 页。

解释具体侧重行为无价值或结果无价值的犯罪时，才不会削足适履。但是也不会出现“二元论所认定的范围要大于结果无价值论认定的范围”①。以偶然防卫为例。“彻底的结果无价值论认为，偶然防卫没有造成任何不法结果，不具有违法性，不成立犯罪。”这种观点显然值得商榷。以非法拘禁罪为例。即使行为人非法拘禁某犯罪嫌疑人，也构成犯罪既遂。因此，以结果无价值来否定偶然防卫的违法性并不合适。

所以，二元论机能性地根据刑法的侧重进行解释，能够有效地保护合法利益。

① 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第173页。

第四章

行为无价值与结果无价值的构造

理论上对行为无价值与结果无价值的构造存在争论，相应地各不法要素在不法中的地位也因理论视野的不同而存在差异，如是否承认一般性的主观不法要素即志向无价值（Intentionsunwert）、是否承认不法中人的要素、行为无价值的内容是什么、结果无价值的内容及其在不法中的地位怎样等。根据笔者的归纳，不法主要由主观不法要素（志向无价值）、“人”的不法要素、行为无价值和结果无价值等要素构成。下面分别进行论述，并讨论各不法要素与犯罪构成符合性评价之间的关系。

第一节 志向无价值

志向无价值就是着眼于行为人的反社会性主观意识而作否定性之价值评判，其内容涉及：是否承认主观不法要素、主观要素对不法价值内容是否起决定作用等方面的问题。在理论上存在志向无价值与事态无价值（Sachverhaltensunwert）的对立，后者是着眼于行为人客观表现而进行的无价值判断，一般来说包括形态无价值（Aktsunwert，即客观的行为无价值）和结果无价值两个部分。

一、结果无价值论的观点及批判

自托恩（Thon）与戈德斯密特（Goldschmidt）以来，“违法是客观的、责任是主观的”原则受到了结果无价值论者的广泛支持。

迈耶、托恩、戈德斯密特和泷川幸辰完全否认主观不法要素。迈耶将构成要件要素分为主观和客观两个方面，违法限定于客观方面，因而没有主观要素存在的余地。托恩与戈德斯密特将法规范与义务（或命令）区别开来，把所有

客观上与法相悖的状态视为不法，无论被评价的主体是婴儿或是无灵魂的生物，都可以构成不法，这样也不可能承认主观不法要素。

这种理论受到了怀疑。理由是：（1）类型化方面。仅有客观的不法要素并不能对不法进行完全的类型化，如表现犯、倾向犯和目的犯的不法类型。（2）未遂犯问题。尤其是不能犯未遂，不考虑主观的不法要素，无法说明其不法理由。（3）正当化事由的问题。不考虑正当防卫、紧急避险中的主观要素，无法解释其正当化理由。

鉴于此，一些结果无价值论者纷纷修正观点，主张在客观不法理论的基础上适当考虑主观不法要素。

（一）主观不法条件观

这种观点认为，不法是客观的，主观要素在有些时候也影响不法的内容，但它们只是以条件形式出现。持这种观点的代表人物是贝林格，他认为："在逻辑上具有这样以条件的形式进行思考的可能性，即将主观的东西视为条件，而外在举止是违法的（主观不法条件而不是主观的不法要素）。"[①] 但是，贝林格在犯罪论体系中严格区分客观的不法构成要件与主观的责任构成要件，将"主观的东西"视为不法的条件，这就意味着将责任的构成要件提前，这与其先进行不法评价，后进行责任评价的评价顺序是相悖的。

奥勒（Oehler）试图弥补这一缺陷，继而提出"客观目的"（Objektives Zweckmoment）概念。他认为，在目的犯罪中，法律详细规定的行为实质上是法益侵害的客观目的，并具有典型的危险性，这种客观的危险状况是法所禁止的，因而导致这种危险状况就是违法的。这样，作为"法与不法的界限标志"的"客观目的"就提前到典型的行为损害之中。[②]

但是，这种"客观目的"只是规范的内容，而没有主观要素的特点，所以在解释目的犯中的"目的"时仍然难有说服力。

由此可见，试图以"条件"或者"客观目的"来弥补纯粹客观不法的缺陷是很难的。

（二）客观危害性的证据观

兹威尔特斯以不法的构成要件为立足点，他认为，不法构成要件的要素在

① Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 31.

② Oehler, Das Objektives Zweckmoment in der rechtwidrigen Handlung, Berlin, 1959, S. 79.

"价值关系点"上"必然是可安排的","为了保护价值关系点(即法益),必须动用刑罚。如果想从法定构成要件中查明不法要件,特别是主观不法要素,就必须谈到价值关系点(即法益)"。"构成要件要素不是从行为人心理中抽象出来的,因为不法考察所关注的是行为对外在共同体秩序的影响。"而"法益内容,在外在行为表现中无疑是可知的。这样,就不需要为阐述该法益侵害而深入行为人灵魂进行研究了"。兹威尔特斯对麦兹格提出的主观不法要素提出了批评,并作出自己的解释。以倾向犯为例。"一般来说,性欲意图在客观上具有超过了孩子所认识的色情界限的危险性,在这个意义上它是构成要件要素"。但是,必须将"外在的色情行为视为刑法第176条第3款规定的猥亵",因为该意图"事实上已消失在极端危险的淫欲气氛中,只适于在性不成熟和目标不确定的年轻人之中招致相应地性虐待"①。因此,兹威尔特斯得出结论:因为不是所有刑法构成要件都包含一个客观可见的法益侵害关系,立法者系从行为人心理所抽取的证据中无可争辩地推测这种关系的存在;但这不意味着行为的心理要素可成为不法要素,它对法益侵害而言并非不可或缺。

兹威尔特斯的这种半遮半掩的观点招致了批评。

齐林斯科认为,他实际上已承认主观不法要素,只是一步之遥而未表明。"从他的理论中已清楚表明,承认的主观不法要素只是没有进一步将其奠定不法基础的作用发展为主观要素。"②

诺瓦科斯克认为,只要人们认为作为区分违法与有责要件出发点的法益有说服力,那么这个结论(行为者心理要素在实际构成上的意义)就是不可绕开的。"如果人们将法益理解为与无价值相对的价值,理解为价值关系点,在此点上构成要件要素是可设置的,那么侵害的方式和情感就不应在此概念中被隐藏。"③

的确,如果没有主观要素也就没有客观危害性的证据,即使在客观上招致了被害人的羞辱感,也不宜认定为不法。而且,在存在客观危害性的情况下,也同时存在对行为人主观要素的限度,明显超过限度的危险或被害人明显的羞辱感恰恰可以证实行为人的目的。这并不意味着目的是可以被省略的。

---

① Zielinski, a. a. O. S. 34.

② 同①。

③ Nowakowski: Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, in: ZStW, 63, 1951, S. 311.

（三）无不法的责任论

一方面坚持客观不法理论，另一方面却又无法将主观要素完全从不法中摈弃，这已成为结果无价值论的悖论。

因此，奥地利学派论者采取了一个极端的做法，即在承认“不法是客观的，责任是主观的”这一命题的前提下，认为在如不能犯、行为犯的情况下，即使没有出现不法的危害结果，也应当承认其主观责任，从而追究其刑事责任，这就是所谓的“无不法的责任”。如诺瓦科斯克认为：“只有两个简单的解决办法：要么完全将故意归入不法，要么承认犯罪之所以具有可罚性，并非因其违法，而只因其是有责的。”[①] 承认无不法的责任，似乎既维护了不法与责任的区分及客观不法理论的一元结果无价值理论，又肯定了主观要件对犯罪的作用。但遗憾的是，这并非两全其美之计。

诺瓦科斯克认为，具体的法律条款以确定的价值为内容，即法益，任何对这种法益的“不应当”的扰乱都与法律条款不符，都应被禁止，也就构成不法。[②] 但是，考虑到不能犯未遂缺乏这种客观不法性质，他对“违法”与“违法性”进行了区分，认为，在“违法性”中应考虑主观要素，“意志活动是法定的不法评价的内在设定（Nachgelagertes），为了具备法定的相关性，必然需要与这种客观不法评价存在联系”，而“对犯罪而言，在概念上是必要的，它由一个与不法相联系的意志活动和对该意志的非难可能性两部分组成”。[③] 所以，“违法”与一般学理上的“违法性”概念不同，“违法性”在逻辑、概念和事实上都包含了责任的内容。

这样，不法评判中包含了两种评价过程：一种是在既遂犯中对法益损害的无价值判断，另一种是在未遂犯中对以损害法益为目标的意志活动的评价。所以，其理论中的客观不法实际上是不完整的，而完整的不法概念应为后面所主张的“违法性”概念。果真如此，就不能再坚持一元的结果无价值论了。

齐林斯科对该理论提出了批评：“在诺瓦科斯克的犯罪论中，这种无价值不在‘不法’关系之中，而是作为人的意志活动的‘责任’组成部分。如果人们在内容上将之称为‘不法’，实质上实现了不法的功能，即那些不当为的人的

① Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 41.

② 同①。

③ Zielinsk, a. a. O. S. 42.

行为，那么未遂犯中的不法就是行为的决意，即目的行为。”①

所以，无不法的责任论所坚持的结果无价值论无法绕开不法评价中的主观不法要素，同样也无法绕开不法评价中的行为无价值。

（四）客观不法要素“代替品”论

麦兹格认为，以主观不法要素作为部分客观不法条件的“代替品”，“用以弥补客观的不足”，如不能犯未遂中的故意、表现犯的内心历程、倾向犯的内心倾向、目的犯的目的均是客观不法要件的替代品。这个问题在本书第二章中已进行充分论述，这里不再赘述。

日本结果无价值论的代表平野龙一所持观点与麦兹格相似，把故意作为未遂犯的主观不法要素，而在既遂犯的场合，故意则是责任要素。②

日本学者泷川幸辰认识到麦兹格修正理论的缺陷，并提出了批评。如果承认未遂犯的主观不法要素，则“犯罪将因‘至完成阶段’或‘未完成阶段’之不同，其外部的行为的意欲，亦随之而有成为‘单独的意欲’或成为‘有意义的意欲’之差异”。此外，他还否认了主观不法要素在不法类型化、违法阻却事由中的意义，进而彻底坚持“违法乃关于客观的行为及结果”之立场，以客观的行为界限、法益损害或威胁的情况等客观不法要素来取代主观不法要素。③小野清一郎也否定了主观的不法要素，但同时他又承认主观构成要件要素对不法的类型化意义，即他在类型化意义上又承认了主观不法要素，这难免给人一种自相矛盾的感觉。④

总而言之，结果无价值论否认一般性的主观不法要素，有的是完全否认，如泷川幸辰、迈耶、托恩、戈德斯密特等人；有的是部分否认，如麦兹格、贝林格等人。对于完全否认主观不法要素并以行为样态或法益侵害取而代之的观点，平野龙一认为不妥，并以目的犯为例，指出，“行为样态不过是认定（行使）目的的证据之一”，并不能取而代之，而且“目的这个主观的违法要素不仅是行为人有了这个主观的要素就可以了，而是因为有这样的主观要素，法益

---

① Zielinsk, a. a. O. S. 44.

② ［日］平野龙一：《刑法机能的考察》，有斐阁1975年版，第30页。

③ 洪福增：《刑法理论之基础》，三民书局1977年版，第377～380页。

④ ［日］小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社1991年版，第35页。

侵害的客观危险性就得以加大，所以才应给予处罚"[1]。对于部分承认主观不法要素的观点，因其不能提出充足理由说明其部分承认的依据，且在如何区分主观不法要素和责任要素时出现自相矛盾的结论——如前述麦兹格、平野龙一等对故意在不法中的地位的观点——所以不大容易被人接受。

二、*行为无价值论的观点及批判*

行为无价值论中对志向无价值的观点也不一致。

有人主张以"目的性"作为不法要素。如威尔哲尔将"目的性"作为联系规范命令与行为之间的桥梁，表达行为的无价值内容。又如阿明·考夫曼将"目的性"解释为"禁止和构成要件的详细规定所制造出来的内容"，具有规范的相关性。再如齐林斯科认为，"目的"是"被构成要件类型化的作为前提的行为结构"[2]。

有人否定了"目的性"，而主张以行为意志作为不法要素。如"为了解除与不确切的'目的'行为标志相连接的负担，因而应当谈到'制定的行为概念'而不是'目的的行为概念'"。在远离"目的性"概念的同时，"人们应该对所涉及的'行为意志'进行思考"[3]。

有人承认所有主观要素都可以作为不法要素，同时又坚持"责任是主观的"这一命题，从而得出了"有责的不法"的结论。[4]

还有人主张，只要是有意志的活动才成立违法，意志的内容则在所不问。[5]

虽然，行为无价值论或多或少地承认主观要素对不法的决定作用，但是，就主观要素是否说明不法的价值内容这一点上，观点并不一致。

威尔哲尔、阿明·考夫曼、齐林斯科和赫尔希主张以主观要素说明不法的价值内容，称为"志向无价值"。这些观点都有致命的缺陷。威尔哲尔的观点

---

① ［日］平野龙一：《刑法机能的考察》，有斐阁1975年版，第31~32页。

② Zielinski:Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 71, 120 ~ 121; Armin Kaufmann: Zum Stande der Lehere vom personalen Unrecht Festschrift für Welzel zum 70, Gebuгstag, 1974, S. 396.

③ J. Hirsch: Der Streit um Handlungs - und Unrechtlehre, ZStW, Bd. 94, 1982, S. 863.

④ Hardwig, Zitiert von Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 114.

⑤ Zippelius, Zitiert von Christos Mylonopoulos, a. a. O. S. 26.

单纯将“目的性”理解为“意义内容”，从而无法与“不法意识”相区别，仍然使不法与责任发生混淆。波恩学派的观点虽勉强说明了“目的性”与“不法意识”的区别，但是他们并不承认“禁止的错误”，这样就使得“目的性”与“不法意识”的区分没有意义。赫尔希的观点虽然使用了“规定的意志”概念取代“目的性”，但是，其理论仍然“逡巡于目的性与行为意志”之间，并未赋予“规定的意志”一种不法的性质，并没有克服目的论的理论缺陷。

真正的“人”的不法理论和客观的行为无价值论没有赋予主观要素以不法的价值内容，他们的理论缺陷表现在：真正的“人”的不法理论所坚持的有责不法理论早已受到批判，这里也不会被人接受；而客观的行为无价值论则“使刑法规范没有以可理解的方式告知规范接受者，什么当为，什么不当为”①，从而失去了刑法规范作为决定规范的功能。

三、二元论的观点及批判

二元论一般也承认主观的不法要素。大塚仁认为：“故意、过失既是主观性违法要素，也是责任的要素，被类型化后也是构成要件的主观性要素。”在构成要件符合性阶段，类型性地考虑故意和过失；在违法性阶段，对故意、过失的违法性程度作出评价；在有责性阶段，从个人的内心态度，即以行为人个人的非难为角度考虑故意和过失。② 耶塞克将主观不法要素与罪责要素加以区分，认为，主观不法要素“对行为不法起共同决定作用”，而罪责要素则只“突出了产生行为决意的思想消极的一面，来较详细表明行为人意志形成的所有情况”③。儒多非走得更远，他以志向无价值解释并取代了行为无价值，志向无价值是“所意欲的无价值，即（故意或过失）以所追求的事态的无价值为条件，但并不依赖于其所意欲的事态无价值事实上是否得以实现”④。韦塞尔斯也认为：“作为人的行为不法之核心，故意构成了主观不法构成要件的共同要件和构成要件之结果的主观归责的基础。”⑤

---

① Zielinski, a. a. O. S. 122.

② ［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 131 页。

③ ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 383 页。

④ Rudophi: Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für Maurach, 1972, S. 65.

⑤ Wessels, Strafrecht AT, 1998, S. 58.

也有一些学者否认主观的不法要素。如麦霍菲尔，他以“社会人”为出发点，摈弃了“人”的“志向性”（Intentionalität），坚持纯粹的客观不法理论。[①]

二元论的缺陷在于没有说出让人信服地主观不法要素的存在根据。大塚仁把主观不法要素作为评价违法性程度的根据，这就只赋予了其量的意义，而架空了其质的规定性。儒多菲持志向无价值观，并将它等同于行为无价值的全部，这就又回到了无法区分不法与责任的问题上。韦塞尔斯仅将故意理解为主观归责的基础，却把过失剔除在外，使主观不法要素的内容不完整。至于麦霍菲尔，他完全否认了主观的不法要素，而以不法非难取而代之，这种观点不能揭示行为无价值的全部内容，不能完全揭示类型化的不法内容。

总之，二元论所主张的主观不法要素观也并非无懈可击。

四、基于我国刑法理论所进行的思考

我国刑法第14条第1款规定，“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生的”是故意；第15条第1款规定，“应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免”的主观心理态度为过失。我国刑法理论上没有区分不法与责任，犯罪论体系上并无主观不法要素与责任要素对立的空间，因而，有学者批评德、日刑法理论中分别研究主观构成要件、主观不法要素和责任要素是对统一心理过程的肢解，是不合适的，对认定犯罪的故意和过失有弊无利。[②] 这种观点，因没有理解主观要素的分层次考虑“是用以判断犯罪是否成立”、犯罪故意和过失“是否存在及其程度的判断过程或者说是一种思维方法”而受到批评。[③]

这里姑且不论对故意与过失进行分层次研究的必要性问题，首先对主观不法要素在我国刑法理论中存在的必要性进行论证。

（一）区分客观不法与主观责任是值得怀疑的

区分客观不法与主观责任是对故意和过失进行分层次研究的前提，首先从应然的角度分析一下区分客观不法与主观责任的合理性。

---

① Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 163.

② 姜伟：《犯罪故意与犯罪过失》，群众出版社1992年版，第260～261页。

③ 林亚刚：《犯罪过失研究》，武汉大学出版社2000年版，第54页。

(1) 从组成上看，犯罪构成是“一切客观要件和主观要件的有机统一的整体（有机统一体）”①。无论是主张客观不法的论者，如贝林格、M.E.迈耶、小野清一郎等，② 还是社会主义犯罪构成的论者，如特拉伊宁，③ 都没有否认这一点。这就表明，主观要件和客观要件在决定犯罪的成立、犯罪的类型、犯罪的形态、罪数等方面具有同等的作用，而且彼此不能独立加以考虑。所以，德、日刑法学者区分违法（不法）与责任，在不法中仅研究行为客观地违反整体的法秩序，而不考虑对整体法秩序的主观违反；在责任论中仅考虑主观个别化地非难，而不考虑客观个别化地非难，至少在逻辑上是不周延的。特别是，如迈耶所主张的，“每个法定构成要件都有两个方面，即影响外在世界的要件和影响内在世界的要件。”既然如此，那么缘何将“构成要件符合性概念通过法定构成要件的客观要件限定于行为的外在方面”④？这一点实在让人费解。

(2) 从不法本质看，不法包含行为无价值和结果无价值两方面的内容，仅仅用客观注意义务来说明行为无价值的内容显然不够。行为无价值在客观上固然表现为违反注意义务，如走私淫秽物品入境，但这不足以构成犯罪。除了客观方面的内容外，还要求行为人主观上有一定的志向无价值，以表达行为无价值中的主观内容，即主观目的、动机等主观构成要件要素，如走私淫秽物品罪的“牟利或传播”的目的。即使是在过失的情况下，否认主观不法要素（耶塞克、韦塞尔斯等），也不妥当。如过失的偶然防卫，行为人酒后开车，撞死一个正在持刀行凶的歹徒。该行为虽然因缺乏结果无价值而不构成犯罪，但其酒后开车的行为绝对是违法的，也应受到一定的处罚。如果不考虑主观不法要素，则容易混淆过失的偶然防卫与正当防卫的界限。

所以，区分客观不法与主观责任是值得怀疑的，而在我国刑法理论中将客观方面和主观方面结合讨论的做法是值得提倡的。

（二）志向无价值是一种意义的表达

主观不法要素不同于作为心理态度的故意和过失，不是价值中立的概念，

---

① 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第70页。

② M.E.Mayer,Strafrecht AT,1923,S.7；[日]小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社1991年版，第9页。

③ [苏]特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，薛秉忠、卢佑先、王作富、沈其昌译，中国人民大学出版社1958年版，第51页。

④ M.E.Mayer,Strafrecht AT,1923,S.7~8.

是一种意义的表达，表达了一种志向无价值。威尔哲尔就曾把主观不法要素（即“目的性”）解释为“意义的志向性”（Sinnintentionalität），认为主观不法要素对行为的社会意义存在支配关系。阿明·考夫曼对“目的性”进行了规范性理解，将其解释为对规范的有目的的背反，具有反规范性。日本二元论者大塚仁教授区别了主观的构成要件要素和主观违法要素，他说：“主观的构成要件要素只不过成为关于其存在与否的定型性分析判断的对象，而主观的违法要素则应该对其内容、程度进行更实质的考虑，二者具有不同的性质。”①

在我国刑法中，一些犯罪的成立要求行为人认识到其行为的社会意义和规范意义。如故意杀人罪，我国通说的定义是：“故意非法剥夺他人的生命的行为。”② 即要求行为人在具备心理事实之外，还必须有违法性认识，否则不构成故意杀人罪。因此，认定犯罪的主观罪过必须考虑行为人主观上对社会意义和规范意义的意识。

对行为人主观上是否对社会意义和规范意义有意识，我国刑法理论上一般持肯定态度，只不过对意义的内容存在争议。有学者将其理解为“违法性认识”，并把“违法性认识”与“社会危害性认识”作同义理解，如“以社会危害性认识为内容的违法性认识，是构成犯罪故意所必须的”，“对于犯罪过失来说，违法性意识也是应当要求的”③。另一种观点对“违法性认识”持否定态度，认为：“按照我国刑法的规定，犯罪故意的认识因素表现为行为人‘明知自己行为会发生危害社会的结果’。这显然是只要求行为人明知其行为及行为结果的危害性，而没有再要求行为人明知行为及结果的刑事违法性。”④ 第三种观点对“违法性认识”与“社会危害性认识”进行了区分，并认为应区别自然犯和法定犯，在自然犯中只要求行为人有社会危害性认识即可，而在法定犯中则要求行为人还要有违法性认识。⑤ 对于“违法性认识”和“社会危害性认识”如何理解，留待后文进一步论述。

从这些不同观点中可以看出，我国刑法理论上一般都承认犯罪主观罪过中实质性的、涉及价值的内容，这不同于德、日刑法理论中类型性的主观构成要

① ［日］大塚仁：《刑法概说》（总论），冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第309页。
② 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下），中国法制出版社1999年版，第807页。
③ 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第49～50页。
④ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社1999年版，第205页。
⑤ 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第485页。

件要素。我国犯罪构成的主观方面具有两方面的内容：第一，类型化、形式化的主观心理态度；第二，对行为无价值和结果无价值的意识。后者表达了刑法上的无价值内容，相当于德、日刑法理论中的主观不法要素，可以称之为“志向无价值”。

（三）志向无价值与犯罪的主观罪过的关系

一般来说，行为人的主观心理态度符合犯罪构成的主观方面，除了表面上具备故意或过失的心理特征以外，还必须有一定刑法上无价值的内容，包括犯罪目的、犯罪动机、社会危害性意识或违法性意识等。在德、日刑法理论中，主观构成要件要素、主观不法要素和责任要素虽然有所不同，但却是密不可分的。以故意为例。“故意只能是一个故意，所以在构成要件部分论述了故意，在违法性、有责性章节没有必要对故意再加以论述，否则就会造成两个或三个故意的概念。”① 笔者对此深表赞同，尤其在我国刑法理论框架中，更没有分别论述的必要。

正因为如此，在犯罪构成理论框架中对犯罪的主观罪过进行无价值评判（即考虑志向无价值），就显得具有重要意义。

在侧重行为无价值的犯罪中，行为人主观上必须认识到行为的反规范性，否则不能认定其主观罪过。在此类犯罪中，刑法明确地表现为行为规范，犯罪直接依据刑法规范可以认定，而无须考虑其他的规范内容，所以刑法承担着主要的预防犯罪的功能。只有行为人认识到其行为的反刑法规范性，仍然决意实施该行为时，才具有这种主观不法要素。至于对危害结果的认识，则处于次要地位，一般不作重点考虑。如某罪犯趁保外就医之机，脱离公安、司法机关的控制，拒不回监的，且必须在其认识到其行为的刑事违法性时（当然，不要求认识到具体的刑法条款），才可以构成脱逃罪。对于侧重行为无价值的自然犯罪，因为刑法规范早已通过伦理规范深入人心，所以其刑事违法性认识与社会危害性认识已融为一体，只要对行为的社会危害性有所认识，就可以推定其对行为的刑事违法性有认识，不存在以不知刑法规范为借口而逃脱惩罚的情况。对于侧重行为无价值的法定犯，如内幕交易、泄露内幕信息罪，则要求行为人对刑法规范有认识，否则相应也不能认定其社会危害性认识，因而不能判定其

① 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第232页。

主观罪过。

在侧重结果无价值的犯罪中，一般不要求行为人主观上有违反刑法规范性的认识，但必须对危害结果有危害性认识，否则不能认定其主观罪过。此类犯罪一般系指过失犯罪、不作为犯罪和部分以危害结果为构成要件的法定犯。因为对犯罪的预防功能已经在刑法之外的其他规范中得以充分体现，刑法没有新的预防功能，而把侧重点置于加固原有的法律“堤防”，设定了动用刑罚武器的限定条件即危害结果，将其他规范无法遏制的（即导致法定危害结果的）行为绳之以法，发挥其保障法的作用。对此类犯罪而言，刑罚的功能侧重于惩罚，刑法规范功能相应更侧重于评价规范。这样，就要求行为人对危害结果存在认识或认识可能性，行为人的主观恶性就从对结果的危害性认识中表现出来，如果缺乏这种危害性认识或认识可能性，就无法确定行为人的罪过。如因被害人蓄意自杀撞车而导致交通事故，即使司机当时是酒后开车，一般对其也不应以交通肇事罪论处。

当然，在有些法定犯的情况下还要求行为人有违法性认识，但这种违法性认识与刑事违法性认识是有所区别的，不应混淆，否则就可能让人以不知法为由给犯罪分子开脱罪责，不利于助长人们学习法律的热情，也容易放纵罪犯。所以，在此类犯罪中起决定作用的还是对结果的社会危害性认识。

对于行为无价值与结果无价值并重的犯罪，则一般同时要求行为人对行为的刑事违法性、对结果的社会危害性都有认识，二者相辅相成。以诈骗罪为例。对这个传统犯罪，可以从行为人对行为的严重社会危害性认识中推定其刑事违法性认识，同时对于“数额较大”的结果，还要求行为人有社会危害性认识，二者结合才表达了行为人一定质、量的志向无价值内容，即可认定诈骗罪的罪过。

从立法上看，志向无价值对完善我国刑事立法也有重要意义。

我国刑法第 14 条、第 15 条的规定均以对“危害社会的结果”的认识为内容，这是一种结果无价值的立法，局限性很大，对行为犯、情节犯的罪过都难以正确解释。

从机能的二元论出发，就要求刑法中关于罪过的规定必须能够概括行为无价值与结果无价值两方面的主观不法内容，否则对于上述有所侧重的犯罪罪过不能起到完整的概括作用。基于这个考虑，笔者建议在我国刑法第 14 条、第 15

条的规定中采取“危害社会的事实”来取代原有的“危害社会的结果”。以我国刑法第 14 条为例，可以修改为：“明知自己的行为会发生危害社会的事实，并且希望或者放任这种事实发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪”。

五、无价值评判对认定主观罪过的意义

我国刑法中虽有“过失犯罪，刑法规定的才处罚”之规定，但是并无什么实际意义，因为这不等于“故意犯罪，刑法没有规定也可以处罚”，在我国罪刑法定原则之下，无论故意犯还是过失犯都必须有刑法规定才能处罚。但是真正问题在于，我国刑法分则中对具体犯罪的罪过形式没有明确规定，并不能依据“以处罚故意犯罪为一般，以处罚过失犯罪为例外”的原则当然地认定其罪过，而不得不通过解释来确定大部分罪名的罪过形式，这难免会出现争论。以我国刑法第 338 条规定的重大环境污染事故罪为例。通说一般将其解释为过失犯罪，但问题是：与之相对应的故意犯罪是什么，我国刑法中并没有规定。反过来我们可以质疑通说的观点：在不存在故意犯罪的情况下怎么容许处罚过失犯罪？而比较分析可以发现，德国刑法中分别规定了污染水域罪和过失污染水域罪两个罪名，其在罪过的认定上就不会出现问题。

撇开立法本身的漏洞不谈，单独研究一下我国刑法第 338 条规定的重大环境污染事故罪的罪过认定。该罪实际上没有区分故意、过失污染环境的行为，而把他们笼统地与“致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”相连接，出现了对行为表现为故意而对结果表现为过失的复杂罪过形式，从而给罪过的认定带来困难。在这种复杂罪过中，如果不考虑行为无价值与结果无价值评判的问题，几乎难以认定其主观罪过。这个问题，在本书第五章中将进行详细论述。

无价值评判表明，对罪过的认定应当考虑行为标准或结果标准。侧重行为无价值的犯罪，其罪过应当依据行为人对行为的主观心理态度来认定；而侧重结果无价值的犯罪则应依据行为人对导致危害结果的主观心理态度来认定。

第二节　行为人无价值

行为人无价值（Täterschaftlicher Unwert）是在社会不法理论中出现的一个



概念，就是着眼于行为人主体对行为和结果的反社会性作用而进行的否定性价值评判，其内容涉及是否承认“人”的不法要素、“人”的要素在不法中的地位等问题。在理论上存在“人的不法”与“物的不法”之间的对立，“物的不法”是围绕法益侵害的事实性结果而进行的不法判断。

一、“人”的不法要素之争

（一）结果无价值论的观点及批判

在古典不法理论的“干巴巴的不法因果链”中，起决定作用的是法益侵害，即为一种“物的不法”。在结果无价值论的视野之中，法益存在于“行为人心理之外的既存事实之中”，行为人的心理只能在对“外在世界发生作用时”才能“变成对保护客体而言作为本质的东西”，“行为人的作用只有按照外在表现才能对法益构成侵害，其违法性才具有重要性”[①]。麦兹格认为，“法律之原则性任务是保障法律全体成员的外在秩序化的共同生活。”不法是“改变法所保护的状况或者引起法所不允许的状况”[②]。

尽管在结果无价值论的刑法理论中，对人的因素已经进行了深入的研究，尽管在有责性评价中人格（毕克麦耶、麦兹格）、性格（李斯特）、心理等“人”的要素粉墨登场，但是在不法评价中却是“外国人、精神病人、儿童的行为，均可在客观上依法律为准绳作出评价”，甚至“无灵魂的生物”所导致的法益侵犯也属于不法评价的范围。这样，在结果无价值论的盲目因果链中，“人”与“无血的生物”没有区别。无论是“主观的人”抑或是“客观的人”都没有得到应有的重视。

正如奥托的批评，在结果无价值论的不法领域中，行为人只是表现为“启动导致法益侵害之因果关系或者尽管存在相应义务而仍未采取救助措施的人”，对不法的成立与否不起什么作用。[③]

（二）行为无价值论的观点及批判

行为无价值论将对行为的不法评价纳入社会之中，因而就有必要考虑“人”的不法要素。威尔哲尔认为：“不法不只是在内容上与行为人相分离的结

① Nowakowski, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, in: ZStW, 63, S. 310 ~ 312.

② 参见本书第二章的第二节。

③ Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW, Bd. 87, 1975, S. 541.

果的惹起（法益侵害），行为只有在作为一定行为人的所为（Werk）时才是违法的。”“人”的不法要素包括两方面的内容：第一，“行为人在其目的活动的客观行为中进行了怎样的目的设定”；第二，“行为人是以何种心情进行行为的，这种场合行为人存在怎样的义务”。前者是主观的“人”的不法要素，后者是客观的“人”的不法要素。① 波恩学派论者阿明·考夫曼和齐林斯科以“行为能力”来限定不法的范围，以此确立“人”在不法中作为“规范接受者”的地位，即只有那些“规范接受者被告知，应做什么和不应做什么”时才能考虑其行为无价值的问题。② 真正的“人”的不法理论从社会关系的角度来理解不法中“人”的要素，并以“人”在社会中的伦理义务，诸如“信任”、“加强内部联系”等赋予“人”以不法内容和无价值内容。为了防止伦理义务限定“人”的范围而失之过宽，他们又以“自由”、“理智”作为不法中“人”的前提条件。③ 日本行为无价值论者团藤重光深化了“人”的不法内容，将其理解为“人品的主体性”，即“人格”。如“在违法中还包括主观的要素，那么，仅将行为作为要素来考察的话，就不能不考虑到与人格有关的要素，在这一点上，所谓违法判断是把行为人人格与行为相联系的。”④

行为无价值论所主张的“人”的不法理论因没有能够成功地区别不法与责任，而受到了理论上的怀疑，如“以责任为前提条件的‘人’的不法概念的正确性至今尚未完全证实。因为这样的不法概念不仅导致完全放弃通说的犯罪论体系，而且有直接导致观念刑法（Gesinnungsstrafrecht）的危险，故而基本上不能认为有追求的价值。”⑤

（三）二元论的观点及批判

二元的不法理论仍然没有放弃“人”的不法要素。麦霍菲尔提出了客观的“社会人”概念，他认为行为人无价值“来自于外在的社会地位和态度，这只取决于依客观社会人标准判断行为人以其行为所承载的无价值程度”。恩格希承认人的客观义务在不法中的意义，他认为应考虑不真正不作为犯和过失犯中

---

① ［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 132 页。

② Zielinski: Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 117, 138.

③ Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW, Bd. 87, 1975, S. 560, 563, 575.

④ ［日］团藤重光：《刑法纲要总论》，创文社 1990 年版，第 196 页。

⑤ Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 131.

“人”的因素和行为人的义务，在身份犯中应考虑人的不法特征。[①] 儒多菲则视不法中的“人”为“志向无价值”的载体，其从主观上理解“人”的不法要素。[②] 而在耶塞克的理论中，“在行为不法内部，个人的构成要素发挥着重要作用”，其中包括“客观的行为人特征”——具体而言，是指“行为人因表明特定义务的客观特征，被限定在一个狭窄的行为人范围内，或特定之人因与行为有关的义务的违反而受到比其他人更加严厉的处罚。”——和“主观不法特征”。承认主观不法特征的任务“在于进一步表明行为人针对法益侵害的行为意志，并因此给予犯罪构成要件中包含的外在的不法描述以内在的无价值强调（Unwertakzent）”[③]。

二元的不法理论虽一般承认不法中“人”的要素，但观点并不统一，各自的缺陷比较明显。麦霍菲尔所提出的“社会人”概念没有改变古典不法理论中“人”的“失血”形象，儒多菲的纯粹主观的“人”和大塚仁的作为人格的“人”，都难免将责任论中的问题提升到不法的理论视野中，从而得出“有责的不法”的结论，至于耶塞克所主张的主客观相统一的“人”的概念，虽较之前两种观点更完整，但未考虑人格要素对不法的影响，故而也难以赋予不法中“人”的要素以丰满的形象。

二、“人”的无价值对我国刑事司法的意义

我国刑法中规定了一些“人”的内容，如刑事责任能力的问题、身份犯等，这些都是在犯罪构成论中加以讨论。

一般而言，“人”的无价值对认定刑事不法具有重要意义：

（1）特定的社会角色赋予了刑法中的“人”以特定的义务，是区分罪与非罪的标准。如我国刑法第260条规定，“虐待家庭成员”，才能构成虐待罪。

（2）特定的身份是区分此罪与彼罪的界限。如我国刑法第264条、第266条和第271条都不要求行为人具有“国家工作人员”的身份，而这恰恰是与我国刑法第382条贪污罪相区别的标志。

---

① Engisch, Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, S. 344 ~ 358; Zitiert von Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 144.

② Rudophi: Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für Maurach, 1972, S. 68.

③ ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第297页。

（3）特定的主观心理态度影响定罪，如故意、过失、动机、目的等，这个问题因在本书上一节已经谈过，所以无须赘述。

（4）特定的人格影响定罪。我国刑法明文将一些人格卑鄙的行为表现规定为犯罪。如我国刑法第264条规定“多次盗窃的”，可构成盗窃罪；第303条规定“以赌博为业的”，可构成赌博罪；还有一些刑法条款，以“情节严重”作为犯罪构成要件，其中人格要素是一项重要的定罪考虑因素。

这里值得讨论的问题是：无责任能力者的行为能否构成刑事不法？

一种观点认为，无刑事责任能力者的行为也可构成不法。如“对正当防卫中的不法侵害，可以理解为包括没有达到刑事责任年龄或精神病人的侵害行为。因为如果不允许对这两种人的侵害进行正当防卫，就不利于对合法权益的保护。”[①] 这是当前我国通说的观点。

另一种观点认为，无刑事责任能力者的行为不构成不法，不能予以正当防卫，而只能按照我国刑法第21条的规定进行紧急避险。如“如果知道侵害者是无责任能力或不负刑事责任的人，则不能实行正当防卫，但可实行紧急避险”。[②] 这是以前的通说观点。

相比较而言，笔者更倾向于赞成第二种观点。因为：

（1）无责任能力者的侵害不具备故意性特征，并不符合刑法中“危害行为”的概念，所以，一开始就应该从刑事不法中予以排除；反之，如果承认无责任能力者的侵害可构成不法的话，就放弃了行为作为基本要素的机能和作为界限要素的机能。

（2）客观上认定正当防卫中的不法行为，与我国通说的“主客观相一致”原则不协调。相应的疑问是：为什么正当防卫中不法的认定可以作为例外情况对待？因为按照“主客观相一致”原则，不能认定无责任能力者的行为可以构成不法。

（3）从不法性质看，刑法中所提到的“不法”应理解为仅指刑事不法，不能理解为一般的不法，因为如果对一般不法（如民事违法行为）采取表面上符合犯罪构成的行为进行防卫，则显然超出了必要的限度，应构成犯罪，如对实施谩骂行为的人进行殴打、对拖欠债务者予以关押等。换言之，刑法中的正当

---

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社1999年版，第238页。

② 高铭暄、马克昌、高格主编：《刑法学》，法律出版社1982年版，第164页。

防卫与民法中的正当防卫应当区分开来，否则不利于正确定罪；相应作为正当防卫前提条件的不法也应予以区分，不应把我国刑法第20条中规定的“不法侵害”理解为包括民事、行政不法行为在内的“不法侵害”。既然如此，则我国刑法第20条规定的“不法侵害”就应限定于刑事不法侵害行为，无责任能力者的侵犯相应就不能被理解为“不法侵害”。

（4）否定无责任能力者的“不法侵害”更有利于保护合法利益。对无责任能力者的侵犯，虽不能进行正当防卫，但可将其理解为一种“正在发生的危险”并根据我国刑法第21条规定采取紧急避险予以防止。第一，这样处理更有利于保护无责任能力者的合法利益。在无责任能力者侵害的情况下，相对人就有义务将对无责任能力者所采取的避险措施控制在最小的损害限度内，这样才能体现社会对无责任能力者的关心和保护，不至于出现以我国刑法第20条第3款所规定的“特殊防卫权”为由，导致不必要的损害。第二，更有利于保护被侵害人的利益，因为在紧急避险情况下，启动紧急避险的时间可视危险情况而定，这意味着在无责任能力者尚未实施侵害但已表现出危险性的情况下，可以采取避险措施，这就大大提前了保护被侵害人合法权益的时间。相反，如以正当防卫解释，则不能提前对无责任能力者的防卫，否则构成事前防卫。

总之，对无责任能力者的侵害不能理解为刑事不法行为。

三、“人”的无价值对我国刑事立法的意义

人是规范的接受者，其反规范行为，一方面体现了该人的反社会性，另一方面则反映了规范的效力和实施效果。故而为了使刑法规范在社会中获得最大的实施效果，应当充分考虑“人”的不法要素，考虑其实际的受法情况，以制定相应的对策，对不同的人予以不同的立法规制，采取不同的处理措施：

（1）从人格方面看。着眼于有强烈反社会倾向的人的犯罪，在立法上一般侧重于行为无价值，如我国刑法中的寻衅滋事罪，聚众淫乱罪等，将反映出严重反社会倾向的人格行为规定为犯罪。此类行为除了刑法中现有的寻衅滋事、聚众淫乱、赌博等行为之外，还有一些不太常见的行为，如乱伦，这些行为也可以规定为犯罪，通过刑法的积极预防，对这种有严重人格缺陷的人尽早进行矫正，以防止严重地污染社会道德风尚。因为，刑罚的威慑作用有利于防止赌博、淫乱等行为的蔓延，以达到清除犯罪的土壤、净化社会风尚、确立健康的

文化规范的目的，所以对此类犯罪，应当采取“行为犯”或“情节犯”之类重视行为无价值的立法方式，设立较广泛的规制范围，在不损害人权保障机能的前提下，尽可能少地加以结果无价值的限制。相反，对于反社会人格较少的犯罪，刑法则应尽可能多地加以结果无价值的限制，如一些经济犯罪、过失犯罪等，而同时加强其他行政、法律、经济手段，减少犯罪的机会。

（2）从身份方面看。特定的身份意味着行为人在社会中所处的特定地位，相应负有特定的义务，所以对以身份作为犯罪构成要件的犯罪一般以违反特定义务为前提，所以很多情况下要求侧重于行为无价值，如脱逃罪，虐待罪，重婚罪等故意犯罪。以“国家工作人员”为例。对于以此身份作为构成要件的犯罪，应重视行为无价值，侧重告知其刑法的命令和禁止，影响其动机，达到防患于未然的效果。这样，一方面促使国家工作人员明哲保身、自觉维护国家公职人员的清廉形象；另一方面防止处罚犯罪所带来的消极影响。因为，有此类身份的人所实施的犯罪一般会附带非常严重的后果，不仅是犯罪实施所直接导致的损害，而且包括处罚犯罪人所带来的消极影响，所以对此类犯罪应该积极预防，而不能消极处罚。换言之，若过分地强调结果无价值、限制处罚范围，则可能使国家工作人员产生一种侥幸的心理，不能杜绝犯罪的可能性。对此类犯罪，如滥用职权罪，刑讯逼供罪，枉法裁判罪，故意泄露国家秘密罪等故意犯罪，都不应该以危害结果作为犯罪的构成要件。

第三节　行为无价值

结果无价值论一般仅从法益侵害的结果出发理解行为在不法中的地位，没有赋予行为以独立的价值内涵。所以，这里重点从行为无价值论视野中展开讨论。

一、*行为无价值之“行为”的含义*

理论上对行为无价值之“行为”有几种不同的观点。

第一种观点认为，行为无价值的“行为”只表达行为人主观上对决定规范的违反，是一种志向无价值。威尔哲尔将“行为”理解为“目的性”和“因果性”的结合体，是“目的活动的实行”，更多的是被视为对（因果）变化的追

求，其行为目标的意义内容具有统率作用。至于采取何种手段达到该目的，即客观的行为内容和结果内容，则没有赋予价值的意味。[①] 阿明·考夫曼也持这一观点，认为“只有目的性的行为才能被法所要求或禁止；因果性的禁止是无意义的”。其行为无价值的“行为”只是目的性的不遵守决定规范，即虽然“规定的标准是客观的，但被规定的对象是‘主观的’，即目的行为”，由此推论，行为的无价值内容仍然是一种志向无价值。[②] 齐林斯科的观点更为明确：“为了存在于目的关系中，不法要素就不能是真正客观的存在；它必然且足以成为行为人接受法律所涉及的行为状况，人只能通过行为影响到感觉。”[③] 当然，一元的行为无价值论将不法的价值内容局限于“目的性”中，表达了其志向无价值的思想，但是并不意味着他们是主观的不法理论。除了“目的性”的主观内容以外，他们还承认“目的性”的客观表现，即“行为”（阿明·考夫曼），或“行为”和“部分结果”（威尔哲尔），所以他们仍然是客观的不法理论。

二元论中，也有持志向无价值的观点。其中代表人物是儒多菲，他认为：“对行为无价值而言，这意味着，这种伦理价值只在人以其行为追求一个事态无价值的时候才能出现。果真如此，行为在个案中的无价值内容就取决于人在多大范围内、以何种意图、是否通过其行为追求事态无价值。”[④]

这种观点具有缺陷。因为从犯罪论体系上看，“正如对过时的命令理论之研究时所指出的，规范违反性的这种心理学概念，必然导致不法与责任的同构。但是，现代命令理论也并没有侥幸躲开这个悖论”[⑤]。从社会方面看，“单纯禁止志向无价值，意味着不是保护社会免受行为损害，而是防止个人自身信念的堕落”[⑥]。

---

① Welzel, ZStW, 58, S. 516; Zitiert von Zielinski: Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 70.

② Armin Kaufmann: Zum Stande der Lehere vom personalen Unrecht Festschrift für Welzel zum 70. Geburststag, 1974, S. 395, 409.

③ Zielinski, a. a. O. S. 144.

④ Rudophi: Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für Maurach, 1972, S. 55.

⑤ Wilhelm Gallas: Zur Struktur des Strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrft für Paul Bockelmann, 1979, S. 157.

⑥ Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 66.

第二种观点认为，行为无价值的"行为"是对客观注意的违反。这一观点是由恩格希提出来的。他认为，对导致结果和行为本身起决定作用的是行为的"客观目的进程性"（Objektive Zweckläufigkeit），而不是行为人的主观目的的设定，因而，无价值的行为就只需要损害客观注意义务就够了。[①] 麦霍菲尔也认为："为了确定行为人在行为中的社会义务态度，结果避免及结果防止的所有'客观注意义务'都是具体的，同样正如应提出所有真正'法律义务要件'，这些义务针对的是具有一定社会态度（'角色'）的行为人，并对之应具体检验，以确定是否能够因行为人违反应当规范而对他进行'非难'。"[②]

这种观点完全没有考虑主观要素对行为无价值的作用，而以"客观的目的"取代了主观的构成要件要素，如伪证罪中的行为人内心历程。其缺点也十分明显，"因为即使在这种构成要件中（违反客观注意义务），如果没有行为人的决意，个案中的这种义务损害也不能被确定"[③]。

第三种观点认为，行为无价值的行为是主观义务违反与客观注意义务损害的统一体，包括主观要素和客观要素两方面的内容。如朗格尔（Langer）认为，"不法的无价值大小，即使人们试图在行为人的视野中理解，也依赖于侵害意图的程度"，"客观的对行为对象的侵害包含了严重地违反注意义务，以及只作为臆想侵犯的更严重的不法或者侵犯一个只存在于行为人想像中的行为客体"。加拉斯也认为："只要刑罚是对违法的威慑且与行为相一致；那么，犯罪行为就不是作为不服从法律的行为而是作为与此密切相关的导致法益损害的现实表现，因而构成行为不法，而不局限于表明行为意愿在法律无价值评判意义上的'禁止'。这就是刑事不法。"行为无价值中的"行为"，一方面表明对规范禁止和命令的不服从，另一方面还表明了这种不服从的外在实现，因而必须理解为"主观和客观要件的意义统一体"[④]。赫尔希认为："在行为无价值方面起决定作用的是由构成要件所评价的、由主客观方面结合起来的有意行为的无价值。"[⑤]

---

① Engisch, Bemerkungen zu Thoedor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands - und Unrechtselementen, In: Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S. 181.

② Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 157.

③ Krauβ: Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, ZStW, Bd. 76, 1964, S. 35.

④ Wilhelm Gallas: Zur Struktur des Strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrft für Paul Bockelmann, 1979, S. 159.

⑤ J. Hirsch: Der Streit um Handlungs - und Unrechtlehre, ZStW, Bd. 94, 1982, S. 256.

相比较而言，第三种观点更合理。因为：

（1）从实定法的角度看，这种观点立意较全面，包括了主观和客观两方面的内容，与实定法一致。

（2）从犯罪论体系上看，该观点无损不法与责任相区别的德、日传统犯罪论体系。其一方面虽打破了原有的“违法是客观的，责任是主观的”这种传统结构；但其另一方面却肯定了“违法是一般评价，责任是个别评价”的结构，改变了原有理论将客观评价与一般评价相混淆的局面。

（3）从内容上看，该观点使行为无价值的“行为”内容更充实。在德国刑法典中，有些犯罪的行为性质需要借助于主观要素才能认定，如德国刑法典第164条规定的诬告罪，第179条规定的猥亵无反抗能力之人罪等；有些犯罪需要借助于行为之样态才能认定行为的性质，如德国刑法典第249条规定的抢劫罪与第253条规定的敲诈勒索罪的区别，再如第263条规定的诈骗罪与第242条规定的盗窃罪的区别等。只有把“行为”理解为一个主客观相统一的概念，才能概括上述含义。

除了上述理论分歧之外，对于“结果”是否包含于“行为”概念之中，也存在争议。

一种观点认为，行为无价值的“行为”应包括“结果”。如威尔哲尔认为：“它（法益侵害）只不过是人的违法的部分要素，仅用法益侵害决不能充分说明行为的不法。法益侵害只有在人的违法行为中才具有刑法上的意义。”① 赫尔希认为：“故意所包括的构成要件之结果属于行为，故而属于行为无价值，属于行为不法。”②

这种观点受到了批判。如“因其把在实行之后的问题也考虑到对行为的评价之中，使人模糊了作为目的行为的清晰的行为轮廓。另外，独立理解在损害方面发生的行为结果也需要反对将不法概念限定于扩大的行为无价值之中。”③

另一种观点则认为，行为无价值的“行为”不包括结果。如齐佩鲁斯认为：“行为与预想的结果之间的关系当然表现为行为要素，而与事实上的结果出

---

① 威尔哲尔语。[日] 大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第132页。

② J. Hirsch, a. a. O. S. 248.

③ Wilhelm Gallas, a. a. O. S. 166.

现没有关系。"① 齐林斯科也反对将"结果"混入"行为"概念之中。他认为："如果将结果理解为行为事前确定的性格，并依赖于认识主体的判断，那么这种行为观念一开始就会因结果而不被接受。"②

笔者认为，第二种观点是合理的，应当把"结果"剔除于"行为"概念之外。因为，行为无价值的"行为"不应等同于先于刑法评价的"社会行为"（我国刑法中规定为"危害行为"），后者是刑法中作为基础的概念，是所有犯罪的基本要素，这种行为概念包括行为人、有意性、有体性和对社会的影响等要素，是一个综合的概念。如果行为无价值的"行为"是这样的概念，则"结果"包含于其中乃是当然之论，那么行为无价值就没有与结果无价值对立的意义，结果无价值就没有理论上存在的依据。事实上，行为无价值与结果无价值的对立，更大程度上有其实定法的依据。在具体的刑事不法评价中，一方面是从行为的角度进行的评价，这就是行为无价值；另一方面是从结果的角度进行的评价，这就是结果无价值，是以始有行为无价值与结果无价值的对立。

二、行为无价值在我国刑法理论框架中的地位

从我国刑法的角度看，行为无价值的"行为"不是我国刑法第13条规定的"危害行为"。应该说，我国刑法理论上尚未形成真正的理论对立，行为无价值与结果无价值只是存在于实定法中，尚未受到理论上的注意。如果把行为无价值的"行为"解释为"危害行为"，那么就永远不会有这种理论对立的空间。行为无价值和结果无价值反映了刑事不法的不同侧面，所以，如果承认这种对立，也只能理解为我国刑法第13条规定的对立。

施塔藤威尔特（Stratenwerth）认为："通常只能在一个确定的构成要件视野中谈及结果无价值和行为无价值。"③ 这个观点用于我国刑法的犯罪构成之中是合适的，因为犯罪构成包括形式和实质两方面的内容，其中类型性的要件为形式要件，而无价值评判则为实质要件，那么在我国刑法理论框架中所谈及的无价值评判实际上是犯罪构成中的实质判断。相反，该理论在德、日刑法理论框

---

① Zippelius, Zitiert von Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 26.

② Diethart Zielinski: Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 130.

③ Stratenwerth: Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für Schaffstein, 1975, S. 179.

架中则并不正确，因为构成要件符合性判断仅指形式的、类型性判断，并不涉及实质违法性判断，将行为无价值与结果无价值限定于构成要件之中，无疑是说，这种无价值评判也是一种形式的、类型性评判，那么这就抹杀了无价值评判的本来意义。

在我国刑法理论中进行无价值评判，就意味着应在具体的犯罪构成中进行，只有犯罪构成中的行为无价值和结果无价值才在刑法上具有意义。这样，对于行为无价值就可以进行两个方面的理解：

（1）行为无价值的“行为”应为基本构成要件中的“行为”和修正构成要件中的“行为”。

（2）行为无价值必须表明行为人对决定规范的违反，可以表现为志向无价值、人的不法以及行为样态的客观反义务性。以故意杀人罪为例。这三者分别表现为：行为人主观上有杀人的故意，行为人负有不得杀人的义务，其行为客观上违反了义务。

在犯罪构成中进行行为无价值评判是必要的。从上述分析我们可以看到，行为无价值包括行为人的志向无价值、人的不法以及行为的客观反义务性等方面，缺乏任何一个方面都不成立行为无价值；反之，只有进行行为无价值评判才能揭示如此复杂的无价值结构。如果不进行无价值评判，就会出现另外一种局面。这里仍以故意杀人罪为例。虽然我国刑法理论认为“故意杀人罪，是指故意非法剥夺他人生命的行为”，但如果否定无价值评判，而机械地、孤立地对该罪各构成要件进行分析，则未必能够得出故意杀人罪这一结论。如执行官违反程序法执行了一个死刑犯，事后翻案才发现，这是一个错案。那么，该执行官的行为虽同时具备了“非法”、“故意”、“杀人”三个特征，但并不应构成故意杀人罪。由此可见，只有将志向无价值、行为人义务、行为样态这三方面统一于“不得杀人”这一决定规范中，才具备了故意杀人罪的行为无价值，才可以认定其构成故意杀人罪。

当然，行为无价值的“行为”也违反了评价规范，即从事后考察行为是否违反决定规范是需要法官依评价规范加以判断的，但这对行为无价值不起决定作用。

三、行为无价值的认定

行为无价值在不同的犯罪中表现是不一样的。

在侧重行为无价值的犯罪中，因为犯罪构成是以行为为中心来设置的，行为的样态在犯罪构成中已得以充分体现，而且侧重于行为无价值的刑法条款重在预防，其文字上必须体现决定规范的内容，即对行为的规定要求：文字明确，内容较具体，不得采用模糊概念。如我国刑法第302条规定，“盗窃、侮辱尸体的”构成盗窃、侮辱尸体罪，该行为的规范意义在字面上已表达得较清楚，所以只要实施了盗窃、侮辱尸体的行为，就可以认定其刑法中的行为无价值。因此侧重行为无价值的犯罪中，一般可根据类型性行为来认定其行为无价值。

相比较而言，在侧重结果无价值的犯罪中，其行为无价值的认定则要难得多。因为：(1) 在此类犯罪中，刑法的决定规范已在其他法规范中得以充分的表达，如过失犯的注意义务、不作为犯的作为义务、某些法定犯中作为前提性的规范等，刑法的预防功能让位给这些非刑法规范，因而其行为无价值显得较为笼统而缺乏明确性，必须经过法律专家技术性、专业性工作才能得以确定。以交通肇事罪为例。其行为无价值是“违反交通运输管理法规”，这不仅未规定明确的价值内容，而且连类型性行为也无明确规定，非法律专家是很难确定其内容的。(2) 对行为无价值还必须进行程度上的评判，只有严重违反决定规范的行为才能构成刑法中的行为无价值。仍然以交通肇事罪为例。如果行为人未携带驾驶证开车，就不能认为有刑法上的行为无价值。因此何种程度的违法行为才构成刑法中的行为无价值，也需要法律专家进行具体判断。

总而言之，在侧重结果无价值的犯罪中，认定行为无价值需考虑以下两方面：

(1) 借助于其他法规范来确定行为无价值的内容；

(2) 只有程度严重的反规范行为才可构成刑法中的行为无价值。

在行为无价值与结果无价值并重的犯罪中，类型性行为虽在刑法规范中已予规定，但其无价值内容还必须根据刑法的决定规范来判断，必须结合志向无价值、主体义务及行为的客观义务违反三方面来确定，前述故意杀人罪中“杀人行为”的认定，就是适例。

第四节 结果无价值

一、结果无价值之“结果”的含义

理论上对“结果”的内涵也有两种观点。

一种观点认为，结果系对具体利益的侵犯。在这种观点中，对“结果”的表述不同：有的表述为“法益侵害”（威尔哲尔），有的表述为“法益对象的侵害”（阿明·考夫曼、耶塞克、齐林斯科等），有的表述为“事实性结果”（齐佩鲁斯）。为了论述的方便，也考虑到其与“抽象的法益侵害”的区别，这里姑且以“法益对象的侵害结果”来概括上述各种表述。①

阿明·考夫曼、耶塞克和齐林斯科特别区分了“法益”与“法益对象”这两个概念。齐林斯科认为：法益是“法秩序所承认和保护的法律价值”，是法律所规定的最上位的评价标准，对“社会范围内具体对象和状态的积极首要价值判断是以法益为根据的。在这些具体对象和状态中，法益，如人身、生命、财产、能力等具体化为法益对象（Rechtsgutsobjekt）”。他并不否认“法益侵害是犯罪的本质”这一通说的理论，认为“法益侵害”表达了行为的最终的无价值内容，但它并不是犯罪的结果。相反，作为“法益对象的侵犯”，结果无价值既不能表达刑法的无价值内容，“因为这种不法与（决定）规范不存在直接的关系，也不能从法律命令的未实现中引导出‘决定’的行为”②。

耶塞克虽承认结果无价值作为不法本质的地位，但也认为，法益是“受法律保护的社会秩序的抽象价值”，是“根植于社会的价值观念”，而并非“可感知的对象”；“符合构成要件的行为所涉及的现实对象，被叫做行为客体或攻击客体（Rechtsgutsobjekt）”③。

---

① 值得说明的是，笔者所主张的“法益”概念也是一种具体的利益，即属于个体的人或单位而为法律所保护的利益，相当于这里的“法益对象”。只不过，“法益”概念用得比较滥，如果不加区别，则很容易被人理解为抽象的“法益”概念，所以，这里使用“法益对象”的概念，以特别指明其为“具体的利益”。

② Zielinski, a. a. O. S. 123 ~ 127.

③ ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第36页、第318页。

另一种观点则认为，结果系对抽象价值的损害，一般学者所使用的概念是“法益侵害”。麦兹格所指的结果是指“行为的每个停顿”，甚至于包括行为人主观方面的内容。麦霍菲尔认为，结果是损害了“标明利益损害方向”的指导价值，即法益，且“通常只在具体情况下从总的利益状况得出结论”①。安德奥拉克斯（Androulakis）则以“动摇了法益的和平状态”来说明结果无价值。拉姆帕（Lampe）也认为“结果”是“对法和平的侵害”。具体到不能犯中，它区别于迷信犯之处在于，“在不能犯未遂中，行为损害了客观的注意义务，且因此产生了‘犯罪性的印象’，这种印象‘动摇了’既存的法益轮廓而具有社会危害性”；而在迷信犯中，则“没有客观的注意违反和犯罪印象”②。

抽象地理解不能犯的结果概念会给人一种模糊感，所以他们为了明确其含义，进一步对不能犯的结果即“印象”作出了解释，认为：“‘印象’是客观注意的违反”。③ 这样，不能犯未遂的结果无价值就变成了单纯的“客观注意的违反”，即变成了行为无价值的客观内容。也就是说，上述观点基于法益侵害说所得出的结果无价值论不仅没有能够驳倒行为无价值论，反而倒向了一元行为无价值论的阵营，背离了自己的立场。

如前所论，行为无价值的“行为”、结果无价值的“结果”都应在犯罪构成中讨论。如果对“法益”概念进行抽象化理解，因“构成要件形成的出发点和指导思想是法益”，“法益侵害”就是所有犯罪的本质，即为刑事不法的上位概念，而不只是结果无价值的“结果”；那么，“法益侵犯”当然地涵盖了行为无价值的全部内容，包括了所有的无价值内容和构成要件要素内容，相应，结果无价值与行为无价值就从对立关系转而成为包容关系。所以一元的结果无价值论以此观点来抹杀这种对立④，其后果是完全否定了 20 世纪以来行为无价值论对刑法理论发展的促进，而退回到了古典不法理论中。二元论持此观点⑤，试图消除行为无价值与结果无价值之间的对立，实际上却出现了一种自相矛盾

---

① Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 150.

② Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 87.

③ 同②。

④ 平野龙一语。[日] 大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 133 页。

⑤ [日] 大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 134 页。

的局面，即在肯定二者包容关系的前提下，又极力坚持二者的平等地位和对立关系。

第一种观点区分了“法益对象侵犯”与“法益侵害”并同时承认结果具有具体的利益侵犯和抽象价值损害两方面内容，这是值得肯定的；但是其对抽象价值在结果无价值评判中的地位没有给出让人信服的结论。如“行为的结果无价值存在于对受保护的行为客体（Rechtsgutsobjekt，与这里所指的‘法益对象’是同一词）的破坏或危害之中”,[①] 但不意味着“对受保护的行为客体”就是结果无价值，如紧急避险中的结果也是对合法利益的损害，但并不构成结果无价值，这种具体的事实性结果只有不被法律所承认的才成立结果无价值。由此可见，结果无价值的“结果”是具体的、事实性损害结果，而“无价值”则是指法律抽象价值的“不允许”。

上述两种观点之所以难以达成一致，不仅因为他们各持一端、互不相让，而且也因为他们无法真正说服对方、更无法真正放弃对方理论中合理的成分。

综合两个观点可以看出，对“结果”进行具体化理解并以“无价值”来统摄行为无价值和结果无价值的抽象内容，这样才能够既明确“结果”概念的内容又消除上述理论的对立。“无价值”是行为无价值与结果无价值所共有的抽象价值内容，是二者相重合的部分，只有共同存在于这种抽象的内容中，二者才得以协调统一。易言之，行为无价值与结果无价值都不能孤立地存在，否则在刑法上就没有意义，只有统一于“无价值”之中才能完整地说明不法的实质内容。所以，对结果无价值的“结果”应进行具体化理解。以我国刑法规定为例。在具体罪名中，“结果”可以是故意杀人罪中“剥夺他人生命的结果”，也可以是生产、销售伪劣产品罪中的“销售金额”，销售侵权复制品罪中的“违法所得”，侵犯商业秘密罪中的“给商业秘密的权利人造成重大损失”，放火罪中的“危险”，受贿罪中的“受贿数额”等。

二、结果无价值在不法中的地位

结果在不法中的地位也是行为无价值论和结果无价值论争论的焦点。

第一种观点认为，结果系不法的本质。结果无价值论中有几种不同的表述，

① ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第296页。

如“不法是改变法允许的状况或者导致法所不允许的状况”（麦兹格），或“对法益的攻击本身就是违法”（李斯特）；再如“导致法益的侵害或者危险”（前田雅英）。除了结果无价值论之外，二元论也承认结果对不法的规定意义。如麦霍菲尔主张“法益侵害”是“对刑法构成要件背后之指导价值”的侵害，表明了“不法的事态”，义务违反则表明了行为的“不法非难”。[①] 施塔藤威尔特认为，“没有构成要件就没有刑事不法”，结果无价值是否具有刑事不法的“结构性意义”，取决于“构成要件是否要求出现结果”[②]。大塚仁也认为，“法益的侵害或威胁”与“违反国家社会的伦理规范”都是不法的本质。[③]

这种观点与“犯罪本质系法益侵害”这一通说的观点是一致的，不法是犯罪成立的条件之一，当然也对法益构成侵害。在这个意义上说，上述观点是没错的。此外，刑法构成要件中，大量的犯罪都以结果为构成要件，对它们而言，无结果则不构成犯罪；或者说，不考虑结果就无法给犯罪定性。在此意义上，上述观点也是正确的。

但是，问题在于，如果将“结果”理解为“法益侵害”，而对法益进行精神化、抽象化处理以后，结果无价值之“结果”与行为无价值之“行为”几乎就没有区别。所以，是否应该将“结果”定义为“法益侵害”是值得考虑的。

如果“结果”不能理解为“法益侵害”，则它能否成为不法的本质，尚须进一步研究。

第二种观点认为，结果只是不法的条件，不是不法的本质要素。这主要是行为无价值论的观点。威尔哲尔认为，法益应被理解为“功能性”的“法律所规定的各个具有社会重要性的利益”，但是，它并不是所有犯罪所共同的要素，故而并非不法的“本质”，而只是“条件部分”。齐林斯科认为，结果与目的行为之间“缺乏桥梁关系”，结果不具备价值上的意义，所以“结果无价值没能有规范的基础”，结果对不法而言只是“偶然的和附带的”。“虽然结果未证明‘已为’的不法，但原则上仍能轻易地指出上述行为的犯罪特征。因为在结果中，‘已为’之行为已残留下其痕迹”，所以结果对行为无价值而言还具有证据

① Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 155 ~ 157.

② Stratenwerth, a. a. O. S. 180.

③ ［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第116页。

功能。[1] 而在齐佩鲁斯看来，事实的结果只是一个责任条件。穆茨贝格则认为，结果要素虽不在不法评价中考虑，但却是“真正的构成要件要素”，而不只是客观的处罚条件。

这种观点要么把“结果”理解为具体的利益侵害，要么理解为“法益对象的侵害”，要么理解为“事实的结果”，不存在精神化处理，这一点是值得肯定的。

但是，既然“结果”在有些犯罪中是构成要件的要素，那么就应该肯定它在这些犯罪中的不法基础地位，而不能仅理解为条件。即使是那些不以“结果”为必要条件的犯罪中，如不能犯未遂中，“其规范违反程度虽取决于该行为对法定应当（Sollen）标准的偏离程度，但并非其主观态度违反规范，而是预示结果的行为违反了评价规范”[2]。对于那些没有“预示结果”的行为，则不能认为构成不法。

由此可见，承认结果为不法的本质是合适的。但是，这一命题的前提条件是，结果不能被精神化理解，即对结果的内涵要进行科学的揭示。

三、对我国刑法理论中“危害结果”的理解

我国刑法理论采用的是“危害结果”概念，认为：“危害结果，是指危害行为对刑法所保护的社会关系所造成的实际损害和现实危险，包括作为构成要件的危害结果和作为非构成要件的危害结果两种。”[3]

其中作为构成要件的结果，有的是直接表明犯罪客体（“保护客体”或“法益”）受侵害的结果，如故意杀人罪中的结果即“致人死亡”是生命权的受侵害，生产、销售伪劣产品罪的结果即“销售金额”表明产品质量管理制度和消费者合法权益受侵害的程度，侵犯商业秘密罪的结果即“重大损失”是商业秘密权的受害程度。有的并不是直接表明犯罪客体受侵害的结果，如销售侵权复制品罪的犯罪客体是著作权，其侵害程度是“权利人所遭受的损失”，但本罪的结果则只是“违法所得”；再如受贿罪中，与犯罪客体相对应的结果是“给国

① Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 141 ~ 142, 210.

② Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 65.

③ 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 197 ~ 199 页。

家所造成的恶劣影响和后果"，而本罪的结果只是"受贿数额"。因此，结果与犯罪客体的侵害程度并非一一对应，严格将结果限定于犯罪客体（保护客体或法益）的侵害范围，并不符合刑法的规定。

我国刑法理论对危害结果的理解较为全面，有利于解释所有犯罪的结果无价值。撇开以危害结果作为犯罪构成要件的犯罪，在行为犯、情节犯、未遂犯等不要求结果作为成立条件的犯罪中，虽然立法者侧重于犯罪的行为无价值，但并不意味着根本不存在任何危害结果。如我国刑法第 24 条第 2 款规定："对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。"这里所指的"损害"就是不作为构成要件的危害结果，其刑法上也是有意义的。行为无价值论否定"结果"是不法的共通要素，正是因为其没有认识到上述犯罪中非构成要件的危害结果，从而片面地把立法者的机能性取舍（即行为无价值）当做不法的惟一本质。

结果无价值论则走向了另一个极端。为了使法益侵犯的结果在不法中具备普遍的概括力，该理论不惜对法益概念进行精神化、抽象化处理，以否认行为无价值或将行为无价值降格为法益侵害的子项，如结果"不仅是现实发生的结果，也必须考虑行为的方法、样态。但这种情形下考虑的方法、样态只具有法益侵害的一般危险性，而未把其反伦理性、行为无价值性也原样考虑进去"①。这就对结果无价值进行了过分笼统的理解，没有对危害结果加以区分，也没有认识到非构成要件的结果在刑法中的意义，而只局限于构成要件的危害结果之中。这样，结果无价值论的"结果"虽包含了行为无价值的内容，却把非构成要件的结果舍弃在外。所以，这种观点也是不值得提倡的。

犯罪是主客观相统一的整体，也是行为和结果的有机统一整体，仅有结果而无行为的犯罪固然不存在，而仅有危害行为而无任何危害结果的犯罪也不存在。刑法中之所以规定行为犯、结果犯，刑法理论上之所以承认对不能犯的处罚，起决定作用的并非有无犯罪结果，而是立法者在犯罪过程中的价值取向，即以何种条件作为犯罪构成的要件。结果犯中，立法者以特定结果作为构成要件，是因为：（1）该结果应予特别防止；（2）应特别限定刑罚处罚的范围和程度；（3）该结果在该类犯罪中具有代表性和明确性，作为犯罪条件，它能说明

① 平野龙一语。[日] 大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 133 页。

问题，且使司法裁判具有较强的可操作性。而在行为犯中，特定结果并非构成要件要素，有几个方面的原因：（1）该犯罪行为的社会危害性较大，且其结果具有较大的不确定性，不宜限定结果的范围，如煽动类犯罪；（2）刑法的重点是禁止行为，而利益保护处于次要地位。如不能犯，不仅要求其违反了主观和客观的义务，行为本身具有较强的社会背反性，而且还要求其实际威胁了一些具体利益。绝对没有威胁任何利益的行为，也很难说有行为无价值的内容，如“迷信犯”。

所以，无论是行为犯还是结果犯，也无论是既遂犯抑或不能犯未遂，实际上都是行为无价值和结果无价值的统一，实定法中行为不法与结果不法的区别只能表明立法者的政策取向和价值取向，并不能否认其中二元的无价值内容。以不能犯为例。对于不能犯所导致的一些非构成要件的危害结果，虽然刑法中未予以规定，司法中也应加以考虑，认定其无价值内容，而不能认为，刑法无规定，这些危害结果就是合价值的。

立法与司法中，行为无价值与结果无价值各有所侧重，这一点无可厚非，但不能因此而否认其中任何一个在刑事不法中的本质地位。

四、结果无价值的认定

结果是一种具体的事实性损害或危险结果，该结果只有经过评价认定为法律所不允许时，才构成结果无价值。因此，对结果无价值的认定应根据具体情况区别对待。

在侧重行为无价值的犯罪中，结果一般为模糊概念，有很复杂的内容，如“情节严重”，其所表达的无价值内容相应也较稀薄。如脱逃罪中的结果是对国家监管机关的监押管理秩序的破坏，这种破坏虽然是客观的，但一般没有以物质的形式表现出来，所以，在立法和司法上没有受到重视，人们对此类犯罪的无价值评判主要集中于行为无价值之中，或者认为其结果无价值也是通过行为无价值表现出来的。但是，这绝不意味着此类犯罪没有结果无价值，或者上述结果是合价值的。

在侧重结果无价值的犯罪中，结果无价值的载体（即事实性结果）在法律上有明文的规定，一般而言，只要具备了该结果就可以认定结果无价值。在此类犯罪中，行为无价值一般较为模糊，可将行为手段、行为样态作为判断结果

无价值程度的考虑因素，如交通肇事罪中司机的饮酒程度、超车手法等。在此类犯罪中，志向无价值、行为人无价值都是用以说明结果无价值的不法要素。

在行为无价值与结果无价值并重的犯罪中，因为其同时重视规范违反和利益侵犯两方面，所以认定其刑事不法时应同时考虑结果的具体危害性和反价值性，二者兼备时才具备完整的结果无价值，反价值性同时具有行为无价值和结果无价值的内容，由此恰恰表明行为无价值与结果无价值的协调统一。换言之，没有行为无价值的结果无价值在刑法上是没有意义的，而没有结果无价值的行为无价值也是值得怀疑的。以故意杀人罪为例。只有在行为人违反决定规范的情况下导致了他人死亡，故意杀人罪的结果无价值才是完整的。否则，无论是缺乏具体的利益损害抑或不具备结果的反价值性，都不能成立完整的结果无价值。

小　结

我国的犯罪构成是形式要件和实质要件的统一。有学者把形式要件理解为抽象的法律规定，社会危害性作为实质要件。[1] 也有学者认为，犯罪构成是“犯罪的社会危害性的法律标志”，“立法者是通过规定犯罪构成而使犯罪的社会危害性具体化、特征化的”[2]。立法者在设置犯罪构成时会考虑该行为的社会危害性，这一点在我国刑法理论上没有争议。犯罪构成是在立法者考虑到该犯罪的社会危害性后所设立的一种定型结构，那么存在于犯罪构成中的“社会危害性”严格来说就不能再被理解为具有事实特征的社会危害性，而带有立法者的价值倾向，应该被理解为一种无价值内容。

将犯罪构成中的实质要件理解为社会危害性，则很容易使人把犯罪构成中这种立法意义上的“社会危害性”误解为司法中的社会危害性。如果不区分这两个概念，就会把犯罪构成定义为一种混杂事实构成要件和法定构成要件的不

① 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 71 页、第 86 页。

② 张明楷：《刑法学》（上），法律出版社 1997 年版，第 98 页。

纯粹的概念。[1]

立法中的“社会危害性”（刑法中的无价值内容）与司法中的社会危害性之间的区别主要表现为：

（1）内容不同。立法中的“社会危害性”是立法时所考虑的一种“社会危害性”，其设定以后就以一种法律价值的形式出现，表明了立法者的立法意图和价值取向，所以严格说来不是存在于现实社会中的危害性，而是存在于规范中的危害性；而司法中的社会危害性则为具体的事实表现，反映了某种具体行为对现实社会关系的侵害或威胁。

（2）评价主体不同。立法中“社会危害性”的评价主体是国家立法机关，而司法中社会危害性的评判主体是法官，他们对权力的运用不一样，所受的制约也不同，立法权受到立法技术、权力性质、立法价值目标等多方面主观因素的影响；而司法权应该是在特定的社会环境中进行的具体运用，是对事实的客观判断，因而应该更关心社会本身对该行为的客观反应，强调对社会危害性的具体认识。

（3）对定罪的作用不同。立法中的“社会危害性”是进行无价值评判的标准，对区分罪与非罪、此罪与彼罪等定罪问题具有决定性作用；而司法中的社会危害性则存在于危害行为之中并成为无价值评判的对象，具有启动刑事诉讼程序的作用，是酌定量刑考虑的因素，对定罪一般不起决定作用。

所以，立法上的“社会危害性”与司法上的社会危害性是评价标准与评价对象的关系，为了区分的便利和深入研究的需要，本书对实质刑事不法的评判标准一直采用的是无价值的概念，其实质上与我国刑法中立法上的“社会危害性”具有同一含义，相当于德、日刑法理论中行为无价值与结果无价值之“无价值”。

立法上的“社会危害性”也由主观恶性、行为人人身危险性、危害行为和危害结果等多种要素构成，相当于德、日刑法理论中的志向无价值、行为人无价值、行为无价值和结果无价值，虽不同于作为构成要件的主观方面、犯罪主

[1] 刑法规定的构成要件与作为事实特征的构成要件是不一样的，德国学者迈耶和日本学者小野清一郎把前者称为“法定构成要件”，把后者称为“事实的构成要件”，以彰其区别。我国刑法学界在1957年曾有观点把犯罪构成定义为：“我国刑法规定的，决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为成为犯罪所必要的一系列事实特征”［高铭暄主编：《刑法学原理》（一），中国人民大学出版社1993年版，第443页］，则没有对此进行区分。

体、客观方面和犯罪客体等，但与其有密切的关系。各构成要件是形式、类型性的要素，而立法上的“社会危害性”诸要素则是实质的、涉及价值的要素。

所以，进行无价值评判，有利于揭示我国刑法立法中的“社会危害性”，更有利于依据犯罪构成进行定罪。

第五章

行为无价值与结果无价值的运用

行为无价值论与结果无价值论在实践层面也存在广泛的对立，如对原因自由行为、不作为犯、因果关系、主观罪过、未遂犯、间接正犯、排除犯罪性行为等问题的认定，这种对立还一直延伸到刑法分则之中，如承诺伤害行为、财产犯罪中行使权利的认定等。对上述问题中的一部分，我国学者已经作了深入的研究并得出让人信服的结论，如原因自由行为、间接正犯、承诺伤害行为、财产犯罪中行使权利的行为等，笔者在此不作多余的论述。而对一些问题，其中有些是我国刑法中所独有的问题，如复杂罪过的认定，也有些是我国刑法未给出圆满答案的问题，如未遂犯、排除犯罪性行为的认定，还有一些是我国刑法理论至今尚未深入研究的，如监督过失的处罚，进行行为无价值与结果无价值判断会给人耳目一新的感觉。鉴于此，笔者在此只讨论复杂罪过、监督过失、未遂犯和排除犯罪性行为等四个方面的问题，以验证前述机能性二元论的正确性，也希望能够对这些问题进行一些有建设性的思考。

第一节　复杂罪过的认定

一、问题的缘起

我国刑法中存在一些包含两个罪过的犯罪，即行为人对行为所持的心理态度与对结果所持的心理态度不一致的犯罪。如交通肇事罪，丢失枪支不报罪等，在我国现有理论框架下，解释其罪过会遇到一些困难。

从过失的认定看。我国刑法第 15 条第 1 款规定："应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够

避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。”即过失的成立只需考虑行为人对结果的心理态度，一般不考虑对行为的心理态度。以交通肇事罪为例。我国刑法第133条规定，“违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的”构成交通肇事罪。其中，“违反交通运输管理法规”之行为，如酒后开车、闯红灯等，行为人主观方面可为故意，也可以是过失；而对“发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”之结果，行为人主观上则只是过失。如果只考虑结果标准，则本罪构成过失犯罪。这一点，似乎印证了上述考察标准的合理性，但事实上并不尽如此。我国刑法第186条第1款规定，“银行或者其他金融机构的工作人员违反法律、行政法规规定，向关系人发放信用贷款或者发放担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款的条件，造成较大损失的”构成违法向关系人发放贷款罪。这里行为人对结果的心理态度可能是过失。① 但是，认为本罪成立故意犯罪似乎更合理。② 果真如此，那么就只是考虑了行为人对行为的主观心理态度，而没有考虑其对结果的主观心理态度。这样，对于过失犯罪的认定，到底以行为人对结果的心理态度抑或对行为的心理态度来认定，其标准就不一致。

再从故意的认定看。我国刑法第14条第1款规定：“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。”依此规定，犯罪故意的成立，要求行为人对结果的心理态度必须是故意。以教育设施重大安全事故罪为例。我国刑法第138条规定：“明知校舍或者教育教学设施有危险，而不采取措施或者不及时报告，致使发生重大伤亡事故的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”行为人对行为的心理态度为“明知……而不……”符合我国刑法第14条关于“故意”的规定，但对结果“重大伤亡事故”的主观心理态度则为过失，对于本罪，认为构成过失犯罪似乎更能让人接受。③ 那么，这里就只是以行为人对结果的主观心理态度为判断根据，而没有考虑行为

① 如果是故意，则该行为构成其他犯罪，为职务侵占罪，贪污罪等。

② 我国通说理论认为本罪为故意犯罪。高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下），中国法制出版社1999年版，第735页。

③ 这里对危害结果不能同时是故意，否则构成我国刑法第114条规定的以危险方法危害公共安全罪。通说也主张成立过失犯罪。高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下），中国法制出版社1999年版，第663页。

人对行为的心理态度。这一点也符合刑法第14条的规定。

在另一些犯罪中，通说所持的态度则刚好相反。以滥用职权罪为例。我国刑法第397条第1款规定："国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。"本罪的客观方面有两个构成要件要素：一个是"滥用职权"的行为，另一个是"致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失"的结果。本罪中，行为人对行为的心理态度为故意，而对结果的心理态度一般为过失，[①] 而认为本罪构成故意犯罪似乎更有说服力，[②] 这样就只考虑了行为人对行为的主观心理态度。那么，在故意犯罪的认定中，标准也不一致。

总而言之，无论是故意还是过失的认定，仅考虑行为与结果的任意一个方面都不够，都不足以认定犯罪，而同时考虑两个方面内容又容易得出一个罪名包含两罪过的结论。因此，如何解释这种复杂罪过现象，就是理论上必须解决的问题。

二、复杂罪过之概念及理论解说

如果把上述犯罪视为有复杂罪过的犯罪，就可以这样给复杂罪过下定义，即一个罪名中既有故意也有过失的罪过形式。[③]

对复杂罪过，理论上主要有四种不同的观点。

第一种观点认为，只能承认一种罪过，或者故意，或者过失，具体确定的依据是该罪的法定刑轻重。以滥用职权罪为例。有学者主张："由该罪的法定刑分析，其罪过只能是过失"。理由是：如果认定其故意犯罪，则"第一，滥用

① "滥用职权"行为区别于"玩忽职守"行为的关键在于前者故意行为，行为人对行为的心理态度为故意，而对"重大损失"之结果的心理态度只能是过失，否则就应以其他罪论处。对本罪这样一种复杂的心理态度，应如何认定其罪过呢？理论上观点不一，还有学者认为只能是过失（李洁：《论滥用职权罪的罪过形式》，载《法学家》1998年第4期，第31页）。有学者认为可以为故意，也可以为过失（黄太云、滕伟主编：《中华人民共和国刑法释义与适用指南》，红旗出版社1997年版，第96页）。

② 通说认为只能是故意。高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下），中国法制出版社1999年版，第1163页。

③ 我国刑法理论上所提到的结果加重犯也存在复杂罪过的一种情况，如故意伤害致死是对基本的危害结果为故意而对加重结果为过失的情况。本书所指的复杂罪过包括这种情况，因为我国刑法理论对此问题的研究比较透彻，而且与本书的结论并无出人，故不另行专门讨论。

职权罪与玩忽职守罪规定在同一法条中，适用相同的法定刑，这与刑法理论及刑法对其他罪的规定极不协调；第二，作为故意犯罪，其法定刑明显偏低"[①]。

固然，故意犯一般比过失犯的刑事责任要高，相应法定刑也应更高；但是，并不能反向推论，认为法定刑就是判断主观罪过的惟一标准。

滥用职权罪与玩忽职守罪规定于同一条款中，其结果要件、犯罪主体方面、客体方面均有很大的重合性，它们的不同之处主要在于罪过，滥用职权是故意行为，而玩忽职守是过失行为，新刑法主要考虑到它们在罪过方面的差异而分别规定两个罪名。如果不区别它们的主观罪过，显然就与立法意图不合。

而且，上述有复杂罪过的犯罪中，法定刑一般较低，如果一概以法定刑作为认定罪过的标准，则难免有简单化的趋向。

第二种观点认为，应当舍弃一种罪过，把与该罪过相对应的客观要件作为客观超过要素。以丢失枪支不报罪为例。该观点主张，"单纯的不及时报告行为的社会危害性还没有达到应当追究刑事责任的程度，为了限制处罚范围，使在客观上要求'造成严重后果'"，"事实上，只要行为人丢失枪支不及时报告，因而造成严重损害的，不管行为人是否希望或者放任严重后果的发生（可以肯定，行为人能预见严重后果发生的可能性），都应当追究行为人的刑事责任。因此，本罪中的'造成严重后果'虽然是构成要件，但不需要行为人对严重后果具有认识与希望或放任态度。'造成严重后果'便成为超过故意内容的客观要素，属于'客观的超过要素'"[②]。

这种观点若从结果无价值论的立场看，则显然是错误的。因为结果无价值论认为："就行为是否存有客观危害而言，所要考察的是行为是否侵害或威胁了法益（结果无价值），而不是考察行为本身的样态、方法是否违反了社会伦理秩序（行为无价值）。""犯罪是主客观的统一，即客观危害与主观罪过（主观责任）的统一。"[③] 既然如此，在结果无价值论的立场上，本罪的主观要件就应当与法益侵害的结果相统一，即与"造成严重结果"相统一，而不能按照行为人对行为的心理态度来认定其罪过形式。相反，只有依行为无价值论的观点，才可以依根据行为人对行为的心理态度来确定罪过形式。因此，这一观点违反

① 李洁：《论滥用职权罪的罪过形式》，载《法学家》1998 年第 4 期，第 27 ~ 31 页。

② 张明楷：《"客观的超过要素"概念之提倡》，载《法学研究》1999 年第 3 期，第 28 页。

③ 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 176 页。

了论者本人所坚持的结果无价值论，不能说是妥当的。

而且，从主客观相一致的原则看，“客观超过要素”观也未必能站住脚。以丢失枪支不报罪为例。如果行为人对“严重后果”的发生没有罪过，如行为人执行警务时发现犯罪人抢劫，因枪支丢失不能及时制止犯罪以致造成“严重后果”的，再如行为人枪支在江中落水，本以为无法寻找想侥幸过关而没有报失以致被坏人捞起“造成严重后果”的，那么这些结果无论是直接结果还是间接结果，都与丢失枪支不报的行为具有一定的因果关系，但行为人不能预见严重后果发生的可能性，所以也不应该对此承担罪责。换言之，成立本罪所要求的“严重结果”并非纯粹的“客观超过要素”，其中必须含有过失的主观内容，否则就违反了主客观相一致的原则。

第三种观点承认复杂罪过，但对是否同时考虑两种罪过也存在争议。

一种观点认为，应复合两种罪过成立一种新的罪过形式，即复合罪过。如“复合罪过是间接故意与过失的复合。这大致相当于前述外国刑法之‘中间类型’或者‘轻率’，因为它们的共同特征涵盖了故意与过失两种罪过形式。”“我国刑法之复合罪过不仅实际包括间接故意和轻信过失，而且包括疏忽过失。当然，由于疏忽过失与间接故意泾渭分明，难以划清的是轻信过失与间接故意，复合罪过形式法律现象的出现，主要是基于此原因。”因此，“复合罪过形式，是指同一罪名的犯罪心态既有故意（间接故意），也有过失的罪过形式。”①

另一种观点则不主张复合，而认为应区别不同情况分别认定故意或过失。如对我国刑法第284条规定的非法使用窃听、窃照专用器材罪，“笔者认为，本罪的主观罪过，既可以由故意构成，也可以由过失构成”②。

这两种观点认识到复杂罪过的现象，并在定罪时加以考虑，这一点是值得肯定的。但是，问题在于如果对间接故意与过于自信的过失不加区分，而复合成一个模糊的罪过形式，“只要有确凿充分的证据证明行为人实施危害行为时，主观方面并非出于直接故意，即可适用复合罪过犯罪予以论处”，这固然“将司法机关从查证这些证据的山重水复中解脱出来”③，却使一些本来不构成犯罪

① 储槐植、杨书文：《复合罪过形式探析》，载《法学研究》1999年第1期，第53～54页。

② 侯国云：《论新刑法典中若干新罪名罪过性质的认定》，载《法学家》1998年第3期，第56～57页。

③ 同①，第57页。

的行为也承担刑事责任。如按照我国刑法第138条规定，“明知校舍或者教育教学设施有危险，而不采取措施或者不及时报告，致使发生重大伤亡事故的”，才构成教育设施安全事故罪；但是依复合罪过说，则仅是“预见”上述危险而未实施适当行为的直接责任人员也可以构成本罪。这显然违反了我国刑法第138条的规定。

另外，“以玩忽职守罪为例。假如我们坚持认为本罪只能由过失构成，那么，司法实践中对于那些主观方面是间接故意的玩忽职守行为便很难定罪（实践中这样的案件并不罕见）；相反，如果认为该罪是复合罪过罪名，问题便迎刃而解”。[①] 但是，如果承认玩忽职守罪系复合罪过，更大的问题却是应该如何区别滥用职权罪和玩忽职守罪？其实，玩忽职守罪与滥用职权罪在客观方面都可以由作为或不作为构成。当为而不为或不当为而为的职权行为如果由故意支配而实施，就可构成滥用职权罪；反之，由过失支配下实施的，则构成玩忽职守罪。不存在间接故意的玩忽职守行为无法定罪的情况。相反，以复合罪过这个模糊概念来认定犯罪，就会使罪与非罪、此罪与彼罪之间的界限变得模糊不清。

即使不承认复合罪过而主张将故意与过失选择性置于一个罪名之中，也是有问题的。因为这样，犯罪构成中的主观要件就会失去确定性，此类犯罪也就会被任意地解释为故意或过失犯罪。如我国刑法第186条第1款规定：“银行或者其他金融机构的工作人员违反法律、行政法规规定，向关系人发放信用贷款或者发放担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款的条件，造成较大损失的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处一万元以上十万元以下罚金；造成重大损失的，处五年以上有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金。”理论上就有人这样解释：“对于造成较大损失，行为人主观上是故意的；对于造成的重大损失，行为人主观上是过失的。由此可见，本款之罪的主观罪过既可以是故意，也可以是过失。”[②] 依此推论，“对于造成重大损失”的犯罪比“对于造成较大损失”的犯罪刑事责任反而更轻。这是不可能的。

第四种观点认为，应同时考虑对行为和结果的心理态度。如“犯罪主观方面，是指犯罪主体对自己危害行为及其危害社会的结果所抱的心理态度。”[③] 这

---

① 储槐植、杨书文：《复合罪过形式探析》，载《法学研究》1999年第1期，第57页。

② 侯国云：《论新刑法典中若干新罪名罪过性质的认定》，载《法学家》1998年第3期，第55页。

③ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社1999年版，第196页。

是通说的观点。以这种观点来解释复杂的罪过，显得没有考虑此类罪过的复杂性。①

刑法规制故意犯抑或过失犯都有一定立法精神，所以判断犯罪的罪过性质应按照刑法的立法精神来确定。下面以故意的罪过形式为基础展开分析。以结果为认定标准，否认复杂罪过。

故意的成立是否应同时具备对行为和对结果两方面的故意，理论上一直存在争议。第一种观点认为，行为人必须同时对危害行为与危害结果都存在明知和容认时，故意才成立。② 第二种观点则认为，只要行为人对危害结果存在明知和容认，故意即可成立，如"'明知'实际上也就是预见到、认识到自己行为的危害结果"③。第三种观点认为，应该区别对待在结果犯中应"将对危害社会结果的认识理解为犯罪故意的认识因素中最根本的内容，也为我国现行刑法所支持"。在行为犯、危险犯中则不以对危害结果的明知为依据。④

无论依据上述哪种观点判断，行为人对结果的心理态度都是认定故意的主要依据，也就是说，如果行为人对结果的心理态度为过失，则无论他对行为的心理态度系故意还是过失，该罪都应该以过失论。那么，依据这些观点，都可以得出结论：存在复杂罪过的犯罪都应该认定为过失犯。

以滥用职权罪为例。行为人滥用职权行为的主观态度为故意，而对危害结果，即"公共财产、国家和人民利益遭受重大损失"的主观态度为过失，依上述通说的观点，就要以行为人对危害结果的心理态度作为认定罪过的依据，即其主观要件为过失。这显然值得商榷。⑤

值得说明的是，通说认为："本罪的主观方面为故意，即行为人明知滥用职权的行为会导致公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的结果，并且希望或者放任这种结果发生。"这里存在两个问题值得商榷：（1）明知自己在滥用职

① 如否定了教育设施重大安全事故罪中"明知"系故意的心理态度，再如否定了滥用职权罪中行为人对结果可以是过失的心理态度，这是不客观的。高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下），中国法制出版社1999年版，第663页、第1163页。

② 同①，第203页。

③ 林准主编：《中国刑法讲义》（上），全国法院干部业余法律大学1986年版，第77页；马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第330页。

④ 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第331～332页。

⑤ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下），中国法制出版社1999年版，第1163页。

权而预见到可能会导致重大损失并导致重大损失的行为如何定罪？定滥用职权罪，则与通说观点不合；定玩忽职守罪，则因故意的滥用职权行为并不等于过失的玩忽职守行为，显得不妥当。（2）明知会导致重大损失而故意滥用职权的行为能否定滥用职权罪？也是值得怀疑的。一方面，如公安机关在执行公务时，明知被害人头颅骨曾经动过手术，重击会导致死亡，而仍然照其头部予以打击而导致被害人死亡。这里存在滥用职权罪与故意杀人罪的竞合，故而，不应定滥用职权罪。另一方面，根据最高人民检察院的解释，“重大损失”的成立标准较高，如果在此标准上滥用职权罪与其他故意犯罪竞合，一般都会以其他犯罪论处，那么就没有处罚滥用职权罪的空间。因此，通说否定复杂罪过的观点也是值得怀疑的。

三、认定复杂罪过的新视野

依据行为无价值与结果无价值的不同立场，对复杂罪过的认定所得出的结论也不相同。

在犯罪构成中，主观罪过的法律性质不够明确或理论上存在争议时，引入无价值评判是必要的。虽然行为无价值和结果无价值依托于构成要件，但无价值判断本身也有一定理论张力和功能倾向。构成要件在意义明确、无须规范评判且符合立法目的时，它直接规定了行为无价值和结果无价值的内容；而在意义不够明确或需规范评价时，行为无价值和结果无价值就可以根据无价值内容来指导刑法的解释和适用；在构成要件不符合立法目的时，行为无价值和结果无价值则可以根据其各自的功能倾向，在立法目的的审视和取舍下，用以指导构成要件的修改、补正乃至新设。主观罪过的性质和内容都受到了无价值评判之价值内容与功能取向的作用，这一点在行为无价值论与结果无价值论围绕主观要素问题从行为概念、构成要件符合性到违法性等领域所进行的论争中可以看出。现在，承认主观要素在构成要件、违法和责任中的规定作用是德、日刑法理论上的通说，我国大陆刑法理论一直坚持主客观相一致原则。即使是主张“违法是客观，责任是主观”的结果无价值论，也采取了变通的方式，要么坦然承认主观不法要素（麦兹格），要么对法益概念进行精神化处理（平野龙一、前田雅英），也基本接受了通说的观点。

罪过的认定与无价值评判具有以下关联：

（1）从故意与过失的内容看，因判断对象的不同，行为无价值论与结果无价值论所理解的罪过内容也不同。在行为无价值论看来，无论故意还是过失都是违反了规范的命令或禁止，结果只是处罚的条件。以过失犯为例。"过失犯的行为无价值是注意义务的损害，这种行为无价值并不是一个只用以补充结构的不法要素，而过失犯的不法只以损害注意义务且缺乏正当化事由为根据。"故意与过失的区别，依行为人对行为义务的主观态度来确定，目的性地违反命令或禁止为故意，而"违反先行目的行为所要求的注意"则为过失。[①]

结果无价值论则以结果为判定罪过的标准。以故意为例。"属于行为意志的结果认识情况可分为下列两种：a. 结果认识是行为之动机；b. 如果行为人认识到行为之结果，而该认识不是其行为之动机，但该认识也未能阻止行为人实施犯罪行为，同样存在故意。"而过失系"行为人实施违法行为而没有'预见'符合构成要件的结果或社会危害性，但根据客观情况应当预见，并以合法行为代替非法行为。"[②] 这样，就不考虑行为人对义务违反（即行为）的心理态度。

（2）从无价值评判的功能看。行为无价值侧重事前判断，考虑规范对行为人的动机决定作用，强调规范对行为人的命令或禁止，以发挥决定规范的功能，侧重于一般预防；而结果无价值则侧重于事后评价，思考重点在于行为对社会的影响，即法益侵害的结果，强调对行为后果的客观评价，以实现评价规范的功能，其规范在倾向上侧重于惩罚，以方便司法操作，限制司法擅断；机械的二元论则无所侧重，内容上要求故意和过失涵摄行为和结果两方面的心理态度，功能取向上是预防和惩罚并重。

我国刑法分则中绝大部分条款都是行为无价值与结果无价值并重，如故意杀人罪，盗窃罪等，犯罪主观方面都要求行为人对行为和结果有明知和容认，机械的二元论只在解释这些犯罪时是合适的。

但是对有复杂罪过的犯罪而言，认定其罪过形式就不能无所侧重，而必须考虑到行为无价值和结果无价值之间的机能性选择，二者没有并存的空间，必选其一。

① Armin Kaufmann：Zum Stande der Lehere vom personalen Unrecht Festschrift für Welzel zum 70，Geburststag，1974，S. 410.

② ［德］李斯特、施密特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第291～292页、第303页。

因此，认定罪过，应结合刑法条款本身的立法目的与行为无价值、结果无价值的功能取向，综合判断。

以滥用职权罪为例。国家机关工作人员本应恪尽职守、秉公执法，法律禁止那些超越职权、不正确使用职权或者拒不履行职责的行为，不允许持任何侥幸心理的滥用职权行为存在。因为这种行为一经姑息，不仅侵犯了国家机关的正常活动，而且责任重大、涉及面广，会导致不堪设想的后果。事后处罚不能补偿其行为所导致的危害后果，如果仅为了防止结果而姑息这种行为，任由滥用权力的行为发生，则不仅破坏了国家机关的正常活动，而且容易败坏一方道德风气，带来一些附带的社会危害后果。仅靠消极惩罚，只会助长其侥幸心理，如通过毁灭证据、上下勾结、狼狈为奸、隐瞒不报等行为来掩盖危害结果，企图逃脱法网，而不是正本清源、秉公执法。因此，对滥用职权罪，刑罚功能上应侧重于一般预防，相应的，刑法应倾向于决定规范的功能，侧重于行为无价值。

再以丢失枪支不报罪为例。依法配备公务用枪的人员丢失枪支以后，实际上对可能造成的严重后果没有什么支配能力，如果本罪侧重于结果无价值，则难以使受罚者服罪。处罚本罪应侧重于强调依法配备公务用枪人员的纪律和义务，以保障其执行职务、防止枪支遗失后给社会带来的危险，而不在于通过惩罚补偿损失或安抚民心。所以本罪也应侧重一般预防，立法和司法上应倾向于行为无价值。

对于侧重于行为无价值的犯罪，就应以其对行为的心理态度作为认定主观罪过的标准。如滥用职权罪，其主观罪过是“明知是逾越职权的行为而为之或者明知是依照职务应当履行的义务而不为之”。[①] 再如丢失枪支不报罪，其主观罪过是“明知丢失枪支后应立即报告，但故意不及时报告”。[②]

对于侧重于结果无价值的犯罪，则应以行为人对结果出现的心理态度作为认定罪过的标准。行为人对行为的心理态度为故意，而对结果的心理态度为过失，则该罪为过失犯罪；反之，行为人对行为的主观心理态度是过失，而对结果的心理态度是故意时，也以故意来定罪。在复杂罪过的情况下，只存在前一种情况，而不可能出现后一种情况。因而在侧重在结果无价值的复杂罪过中一

① 陈兴良：《刑法疏议》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 650 页。

② 张明楷：《刑法学》（上），法律出版社 1997 年版，第 581 页。

般认定为过失犯罪。如交通肇事罪，危险物品肇事罪等均侧重于防止危害结果的发生，应定为过失犯罪。

有几个具体问题需补充说明：

（1）在复杂罪过中承认一个罪过的情况下，则该主观心理态度为判断刑事不法类型的根据，而另一个心理态度为成立犯罪不可缺少的条件。以交通肇事罪为例。行为人仅具备对危害结果的过失还不够，还必须对违反了交通法规的行为有罪过，多数情况下系出于一种故意的心理态度。如果没有这种对行为的过错心理态度，行为人即使导致了危害后果，也不能认为是过失。如有人持刀逼迫司机超车，最后导致危害结果，就不应该追究司机的刑事责任。因此，以结果为依据认定交通肇事罪的主观要件，并不能说明其只有结果无价值，而只能说明其侧重于结果无价值。

（2）承认复杂罪过是否违反我国刑法第 14 条的规定。对我国刑法第 14 条的理解，我国学者有不同的观点。有学者认为，完整的故意即行为人对行为和结果均存在明知和容认。也有学者认为，只要行为人对结果有明知和容认就够了。但在具体犯罪中，任何一种观点都不可能有完整的概括力。以行为犯为例。刑法侧重于行为无价值，不以危害结果为构成要件，相应对故意的认定也就不要求对危害结果的明知和容认。在复杂罪过中，这种道理并无二致。当然，也有学者认为，复杂罪过亦应存在一个完整的故意或过失，如“行为人对危害行为的性质的认识，以及对双重危害结果中的一个层次的危害结果具有认识与放任或希望态度，就表明其故意仍然是认识因素与意志因素的统一，表明不是只根据行为人对行为有无认识来区分故意与过失”。[①] 这实际上是以非构成要件的结果来说明问题，当然是值得怀疑的。因为，如果构成要件的故意可以借助于对构成要件之外的结果来说明，那么会使有复杂罪过的更多犯罪难以认定，如交通肇事罪，危险物品肇事罪等，这些犯罪中很难排除行为人对构成要件之外的危害结果所可能存在的明知和容认。既然如此，这些犯罪就都应构成故意犯罪。这显然不正确。

从我国刑法第 14 条的规定来看，故意的成立只要求行为人对结果是容认的心理态度就可以了，这并没有体现行为无价值和结果无价值两方面的内容，这

① 张明楷：《“客观的超过要素”概念之提倡》，载《法学研究》1999 年第 3 期，第 30 页。

是有缺陷的。从立法上看，行为犯故意的成立不需要考虑行为人对危害结果的容认，这一点依据我国刑法第 14 条的规定是无法解释的；从司法认定看，局限于结果无价值的立法不利于根据个罪的特点分别认定罪过形式，有失机械。

机能性的二元论以同时承认行为无价值和结果无价值为前提，在定罪时要求根据刑法分则中个罪的情况分别认定犯罪的罪过。在行为无价值与结果无价值并重的情况下，要求行为人对行为与结果有一致的心理态度；在侧重行为无价值的犯罪中，应以行为人对行为的心理态度作为认定不法类型的标准；在侧重结果无价值的犯罪中则应以行为人对结果的心理态度作为认定不法类型的标准。

所以，我国刑法第 14 条的规定本身就缺乏科学性，承认复杂罪过虽与我国刑法第 14 条的规定相矛盾，但这并不能否定理论上承认复杂罪过的合理性。

四、复杂罪过的种类与认定

我国刑法中有复杂罪过的犯罪并不是漫无边际和杂乱无章的，这类条款虽然较多，但仍有章可循，主要有以下两大类：

（1）未具体规定实行行为的行政犯罪。这类犯罪具有空白的犯罪构成，其中待补充的要件是实行行为，主要有两种情况：一种是以“违反 XX 法规”、“违反 XX 管理规定”为犯罪成立前提的犯罪。这种犯罪的实行行为只是笼统的“违反 XX 法规”的行为，并没有特别强调某一种或几种特殊行为。如我国刑法第 131 条规定的重大飞行事故罪，第 132 条规定的铁路运营安全事故罪，第 133 条规定的交通肇事罪，第 136 条规定的危险物品肇事罪等。上述规定有一个共同的特点，即行为人违反某种法律、法规并导致严重的后果，那么就可能出现“违法”行为与“严重结果”的罪过不一致的情况。如交通肇事罪，行为人可能是故意实施了违反交通运输管理法规的行为，而过失地导致了“发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”的结果，这符合前述的复杂罪过的条件。

另一种是虽没有“违反 XX 法规”之规定，但以不作为形式出现的犯罪。如我国刑法第 135 条规定的重大劳动安全事故罪，第 137 条规定的工程重大安全事故罪，第 138 条规定的教育设施重大安全事故罪等。以重大劳动安全事故罪为例。我国刑法第 135 条规定：“工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企

业、事业单位的劳动安全设施不符合国家规定，经有关部门或者单位职工提出后，对事故隐患仍不采取措施，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处三年以上七年以下有期徒刑。”本罪的实行行为是不作为，也需借助其他规范补充其内容。行为人采取不作为时的心理态度在有些情况下也可能是故意，而对结果出现的则必须是过失，那么这也是一种复杂罪过。

在这类犯罪中，刑法并没有规定特殊、具体的实行行为，而以笼统的行政违法行为或不作为概括性地进行了规定，并没有超出行政法的预防范围。即行政法或行政规章就足以预防犯罪，刑罚处罚是在这些规范、规章的基础上进行的，其目的在于强化这些规范的强制力和执行力，以促使其实施。所以，此类犯罪的侧重点在于结果无价值，相应就应该以行为人对结果的心理态度作为认定犯罪罪过的根据，如交通肇事罪，重大飞行事故罪等就构成过失犯罪。

（2）具体规定实行行为的行政犯。这类条款有两种：第一种不以“违反XX管理规定”为前提条件，刑法对其实行行为进行详细的规定，如内幕交易、泄漏内幕信息罪，丢失枪支不报罪等；第二种以“违反XX管理规定”为前提条件，并对行为进行特殊的限定，如违法向关系人发放贷款罪，非法侵入计算机信息系统罪等。这些犯罪亦存在复杂罪过的问题，即对行为所持的心理态度为故意，而对结果所持的心理态度为过失。

值得注意的是，与第一种行政犯不同，这种行政犯是从其他规范中抽出一种或几种行为，以刑法重点防止，这种预防效果是其他规范所无法代替的。而且，这一种或几种以实行行为形式出现的违法行为具有较大的社会危险性，理应及早防止，不容其付诸实施，如生产销售不符合健康标准的医疗器械行为、滥用职权行为等。对这类犯罪，刑法应侧重预防，侧重行为无价值，所以应以行为人对行为的心理态度作为认定其心理态度的标准。

对这类条款，某些国家刑法典直接规定为故意犯罪或行为犯，而没有出现复杂罪过的问题。以滥用职权罪为例。美国、法国、日本、瑞士一般规定为故意犯。

五、立法建议

从对复杂罪过的分析中，我们可以看到一些本应侧重行为无价值的犯罪却

严格受到了结果无价值的限制，如滥用职权罪就以“重大损失”作为限制条件。虽然根据上述机能性标准，我们可以正确认定其主观罪过；但是要充分发挥行为无价值的功能，使刑法规制发挥最大程序的预防效果，那么仅靠司法手段未免捉襟见肘。因为结果无价值在这种犯罪中限定了司法审判，唤起了行为人侥幸钻法律漏洞的幻想，以致干扰了刑法的预防功能。

司法解释对此进行了一些弥补，使之能够尽可能地减少法律漏洞，达到预防犯罪的效果。如1997年12月31日最高人民检察院发布的关于检察机关直接受理立案侦查案件中若干数额、数量标准的规定（试行）的通知对滥用职权罪的结果要件“重大损失”进行了扩张解释，即“根据刑法、刑事诉讼法的有关规定，现将检察机关直接受理立案侦查案件中若干数额、数量标准规定如下：……十一、滥用职权案，玩忽职守案，国家机关工作人员徇私舞弊案（刑法第397条）……3．直接经济损失、人员伤亡虽然不足规定的数额或者数量标准，但具有其他严重情节的，应予立案”。在这一解释中，“其他情节严重的”也被解释为“重大损失”，这显然已经超出了结果无价值的范围，而具有了行为无价值的意味。

应该说，司法解释一定程度上弥补了立法的缺陷，但其弥补效能毕竟让人怀疑。

所以笔者建议，在适当的时候对上述侧重行为无价值的犯罪进行立法修改，还原其行为无价值的本来面目，不再附以“重大损失”、“严重后果”、“重大伤亡事故”等结果无价值的限制。

因为：(1) 只要附有结果无价值的限制，无论解释是如何科学，理论是如何完善，危害结果还是有其基本的含义，不可能使行为无价值尽可能地发挥其预防犯罪的功能。

(2)“重大损失”、“严重后果”等危害结果会给行为人一种错觉，以为无须预防滥用职权的行为，只要能够防止“重大损失”的结果即可，从而不能达到尽可能地克服其侥幸心理之效果。

(3) 上述司法解释总给人意犹未尽的感觉，如将“其他致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的情形”，“其他严重情节”等模糊的解释，使危害结果要件事实上失去了其明确性特征，从而具有精神化、抽象化倾向，已失去限制处罚范围的意义。

当然，取消结果要件的限制并不意味着对上述犯罪没有限制。相反，笔者认为，恢复行为无价值的立法并以“情节严重”来限制其范围，这样不会扩大处罚范围，相反更有利于发挥刑法预防犯罪的作用，不会因刑法扩大解释而损害其稳定性，也避免出现复杂罪过的问题。

第二节　监督过失的成立

一、*从案例谈起*

2000年12月25日晚9时许，河南省洛阳市丹尼斯量贩店东都店在即将开业之际，装修负责人王子亮违章指派无证上岗的电焊工王成太等人将地下一层与地下二层中间的步行梯隔断钢板上的两个洞孔用钢板焊补住。电焊火花从钢板方孔滴入地下二层，引起地下二层沙发、地毯等物品燃烧。王成太等人发现后，用消防水龙头从钢板上的方孔向地下二层浇水，但没有能够控制住火势，王成太等人逃离了现场。由于起火后未能及时报警，延误了抢救时机，火势迅速蔓延，造成309人死亡，数十人受伤。发案后，对负有直接责任的王成太等人以重大责任事故罪和过失致人死亡罪分别追究了刑事责任。

此外，本案还追究了一部分监督管理者的刑事责任。如被告人桂延州是原洛阳市文化局文化市场管理科科长，负责审定颁发文化市场经营审核证。由于他没有严格按照规定主动配合消防部门对东都商厦娱乐城进行安全检查，因此对东都商厦当时是全省通报的重大火灾隐患单位毫不知情，使东都商厦娱乐城通过了安全检查。再如被告人姚国红是洛阳市消防支队防火科副科长，身为消防安全监督检查人员，他不仅不对火灾隐患认真监督整改，反而弄虚作假，应付检查。被告人唐中林是市老城区建设管理委员会副主任兼城管监察中队长，被告人张志明是市建设管理委员会城建办公室副主任，他们违章审批临时性建筑，以致堵塞消防通道，致使火灾发生后，严重影响扑救工作。上述人员被分别判处玩忽职守罪。

应该说，上述监督管理者对于重大损害结果的发生距离较远，为什么在追究了直接责任人员的责任之外，还要追究他们的刑事责任呢？

其实，这里若适用监督过失来解释，问题就会迎刃而解。

事实上，追究监督过失的责任，在我国刑法规范和实践中都有根据。

如我国刑法第332条规定："违反国境卫生检疫规定，引起检疫传染病传播或者有传播严重危险的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。"在单位过失犯罪中，主管人员所承担的责任就只能是以监督过失为根据。

实践中，也出现了一些处罚监督过失的判例。如1990年12月8日新疆克拉玛依特大火灾案、1999年河南焦作市天堂影视厅大火案、2000年4月1日山西省古县永乐乡煤矿特大瓦斯爆炸案等都处罚了监督过失犯罪。

当然，也有一些案件没有处罚监督过失。如2000年3月11日江西省萍乡市发生的"3·11"爆炸案，就与一些领导盲目抓经济发展、忽视安全生产有密切关系，但是并没有追究相关监督管理者的刑事责任。

所以，对监督过失进行系统研究，对于正确认定过失犯罪具有十分现实的意义。

二、监督过失的概念及特征

对监督过失的研究，日本刑法理论上发端于20世纪60年代末期，理论上已有一定深度。

对监督过失的概念，一般有两种理解：一种为狭义的监督过失，另一种为广义的监督过失。狭义的监督过失，是指与实施直接使结果发生的过失（直接过失）的行为人（直接行人为）相应，处于指挥、监督直接行为人的立场的人（监督人）怠于应当防止该过失的义务的情况。广义的监督过失，是指包括狭义监督过失和管理过失的过失。管理过失区别于狭义的监督过失，是指由于管理人对物资设备、机构、安全管理体制、制度等管理不力而导致危害结果的过失。易言之，管理过失是疏于对物的管理不力、对制度的设置不当或未设置；而狭义监督过失是对被监督人的管理不力。日本刑法理论上所指的监督过失，一般系指广义的监督过失。①

我国刑法理论上对监督过失亦有不同的理解。一种观点认为，监督过失，

① 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第269页。

是指“负有监督责任而不履行监督义务的人本应认识且能认识到不履行监督义务有可能发生严重危害社会的结果，但因疏忽大意而没有认识到，或者虽已认识到本应认识到但轻信能够避免，终致危害结果的发生的过失”[①]。也有学者认为，监督过失，是指“生产经营的组织领导和管理者，由于管理或监督不力而对被监督者的不适当行为负担的刑事责任”[②]。这种观点将对人的监督过失和对物的监督过失都包括在内，相当于上述的广义监督过失概念。张明楷教授说得较直接：“监督过失就是监督者违反监督与管理义务的一种过失心理状态。”[③]

另一种观点认为，对监督过失应作狭义理解。监督过失，“是指二人以上有从属关系的行为人，即监督者与被监督者之间，由于被监督者在监督者的懈怠监督下而故意或过失地实施犯罪，而相应地追究监督者的过失责任”[④]。但是，这种狭义的理解是值得怀疑的。因为：(1) 如果被监督者故意地实施了犯罪行为，即使监督者恪尽监督之责任，也无法防止危害结果的发生。申言之，纵然监督者懈怠监督，也并不是导致危害结果的原因。(2) 在一般情况下，监督者为了调动被监督者的工作积极性和创造力，可以适当地放宽其制约，(如果被监督者因此实施故意犯罪并进而处罚监督者) 显然对监督者不公，不符合刑法谦抑性原则。所以，在被监督者实施故意犯罪时，应中断监督者的过失，从而不成立监督过失。

笔者认为，对监督过失概念应作广义理解。理由是：(1) 无论对人的监督过失还是对物的监督过失，其注意义务均不同于一般过失中的注意义务，而且监督过失与管理过失的注意义务有相似之处，在一起讨论更容易把握其实质内容。(2) 对人的监督与对物的监督在很多情况下都交织在一起难以分开，如果硬要划分，可能会导致因责任界限难以划分而不能追究监督过失的刑事责任。

虽然如此，但是上述广义概念均强调，监督过失是监督者“主观上对危害结果”所具有的过失，即侧重于结果无价值。这在解释监督过失的注意义务时，会遇到一些问题，不利于正确限定监督过失的范围。这一点，后面将进一步论述。因此，上述广义的监督过失概念也不可取。

---

① 侯国云：《犯罪过失论》，人民出版社 1996 年版，第 244 页。

② 孙国祥、余向栋、张晓陵：《过失犯罪导论》，南京大学出版社 1991 年版，第 36 页。

③ 张明楷：《监督过失探讨》，载《中南政法学院学报》1992 年第 3 期，第 1 页。

④ 赵瑞罡、杨庆玖：《监督过失论》，载《政治与法律》2001 年第 4 期，第 41 页。

笔者认为，监督过失不同于一般过失，不应限于结果无价值，而应从行为无价值和结果无价值两方面考虑，因此，可以将监督过失定义为：处于监督管理地位的人违反监督、管理义务，对其应当防止的危害结果因疏忽大意或者因过于自信没有防止的心理态度。

监督过失不同于一般的过失，具有以下几个特征：

（1）以监督者违反监督、管理义务为前提条件。在现代化的日常管理中，因事务头绪较多，监督者不可能凡事亲历亲为，也不可能对被监督者时刻监督而无任何差池，所以，要提高管理效率只有完善制度、加强规范管理，如适用国际上通行的标准化管理、ISO9000 系列文件管理等。在加强规范管理的条件下责任风险就会降低到最小程度，而这种管理监督对监督者而言是一种义务，并非不可能履行。在监督过失中，要么监督者根本没有建立起安全管理、责任管理的制度；要么虽有标准文件但仅同空文，根本没有落实，以致疏于监督。监督者只有这种情况下才存在监督过失。行为人违反监督管理义务的心理态度复杂多样，可为过失，也可为故意。当然因水平低下而疏于管理也不能免除其违反监督义务的责任。这一前提条件在一般过失中并不具备。

（2）监督过失中，过失行为与危害结果的因果关系中间一般介入了第三要素，并不是简单的一因一果的关系。在对人的监督过失中，监督过失行为导致其危害结果，中间介入了被监督者的过失行为；而在对物的监督过失中，中间介入了设备、物质等的作用。因此，监督过失犯罪中的因果关系属于复杂的因果关系。许多情况下，监督过失中存在过失的竞合，如监督者过失与被监督者过失的并行竞合、监督者过失与被害者过失之间的对向竞合；但是，监督者过失是导致被监督者过失和被害者过失的原因之一，缺乏这个因果关系，监督者就不应承担过失责任。

（3）监督过失中，监督者所违反的注意义务是结果避免的义务。这一点与我国刑法规定有所不同。我国刑法第 15 条第 1 款的规定强调行为人对危害结果的预见义务，这是一种主观的义务，① 而大多数监督过失的情况下，监督者对

---

① 我国刑法理论有论者主张采用“抽象结果”概念来解释预见的对象（宋庆德：《新刑法犯罪论研究》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 137 ~ 139 页）。也有论者主张采用新过失论的“危惧感”来解释预见的内容（陈航：《日本公害犯罪理论及其对我们的启示》，载《兰州商学院学报》2001 年第 5 期，第 121 页）。但无论如何都未解释其主观义务的本质。

危害结果一般并无预见，因为一旦他们有所预见或有“危惧感”，因其事关重大，监督者肯定会采取相应措施以防止灾祸发生。在这种情况下，依预见义务违反说来解释，就无法对监督过失者正确定罪量刑。

三、对传统过失理论的检讨

监督过失是一种较特殊的犯罪过失，对传统的过失理论构成了挑战，下面分别对各种过失理论进行评述。

理论上对过失的不法是围绕注意义务展开的，行为无价值论与结果无价值论之间存在主观注意义务论与客观注意义务论之争。

结果无价值理论中，有人认为注意义务是一种以一般人为标准来确定的主观义务，是对结果的预见义务和避免义务。如“过失的注意义务，由结果预见义务和结果回避义务两部分组成，而且‘预见结果的义务’是以‘一般人可能预见’的预见可能性为前提的。”① 平野龙一认为：“当然，根据‘预见可能’这一说法，不能将一切结果都称做预见可能性，就上述场合的预见可能而言，是‘有高度的’预见可能性。我以前将客观的预见可能性作为过失的要件，具有上述的意味。”② 再如李斯特认为：“行为人实施违法行为而没有预见符合构成要件的结果或社会危害性，但根据客观情况他应当预见，并以合法行为代替非法行为，即成立过失犯罪。”③ 结果无价值论以客观的结果预见可能作为注意义务的前提，用来解释监督过失问题，尤其是基于一般人知识无法预见到的后果，以“客观预见可能”作为限定条件，显然无法进行归责。

二元的结果无价值论施塔藤威尔特和雅科布斯也持预见义务观，并认为预见可能性是认定预见义务的前提。与上述预见义务观不同的是，他们主张以行为人个人预见能力为标准进行个别、主观的考察，以判断其是否违反预见义务。施塔藤沃尔特认为：“那些人‘正确的’、为法律所允许的行为（即谨慎行为）———旦偏离，即充足不法构成要件——不仅应考虑普遍规范，而且同样应当考虑行为人的行为可能性。”“在过失的结果犯中，受损害的不是普遍的义务，而是赋予个别行为人的注意义务，这样才成立构成要件符合性。”过失犯中

① ［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2002年版，第343页。

② ［日］平野龙一：《刑法总论》（Ⅰ），有斐阁1975年版，第194页。

③ ［德］李斯特、施密特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第303页。

行为人应依“个人能力”“在法律命令的范围内行为”，所以与不作为犯平行。[①]

这种观点受到了批判。虽然“只有命令才能联系到行为可能性，这样，在过失犯中与在不作为犯中一样，被命令的行为都应根据行为人的行为可能性而加以确定”。“但是，在过失犯的情况下，行为人是不得实施被禁止的有（客观）风险的行为。”所以，过失犯与不作为犯不能被混淆。[②]

雅科布斯认为：“在结果犯的行为规范方面，起决定作用的不仅是行为规范”，对结果的预见能力也应作为过失不法的构成要素。过失犯的规范逻辑为，“行为人因为受到规范中所规定的结果的震慑而放弃行为”，如果他不能预见到该结果，就不可能产生避免结果的动机，也就没有违反决定规范。“具有结果避免动机而不能避免结果的人，不可能构成实害犯，因为即使结果避免能够得以实现，他还是会以此为目标的。”所以，“结果的认识可能性作为避免可能性的心理条件应根据法律接受者的预见来确定，也就是以法律接受者（被征服者，即 Rechtsunterwerfene）所认识到的结果为避免动机去追求结果避免的目的”。[③]

虽然如此，但是为了限制主观标准对过失认定的不恰当的扩大，主观的注意义务观不得不在主观注意义务之外寻找客观的标准。以日本 1986 年的判决为例。某乘务员在深夜让一名到站的醉酒乘客下车，因没有进一步监视其去向，结果该乘客误闯入电车行驶的线路中被轧死。该案的判决如严格根据对结果预见可能的判断，则在当时情形下可以判断乘务员预见到其结果，即可以认定乘务员的过失。但该案件最后未依据结果预见义务来认定，而是在预见义务之外求诸另一个标准，即“信赖原则”，判决书是这样说的：“在乘务员使醉客下车的时候，除了是根据该人酩酊的程度和步行的姿势、态度等其他从外部容易观察的征迹可以判断该人有与电车接触、落在线路中的危险这种特殊状况外，信赖该人会为维护安全、采取必要的行动，相应地对待乘客就够了。”[④] 除此之外，还有“可允许的危险”、“危险分配理论”也可以从客观标准上限定预见义务的范围。虽然借助于这些理论，适用预见义务观和主观注意义务观所得出的

---

① Vgl, Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 103.

② J. Hirsch: Der Streit um Handlungs - und Unrechtlehre, ZStW, Bd. 94, 1982, S. 268 ~ 269.

③ Jakobs: Studien Zum fahrlassigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 66; Zitiert von J. Hirsch: Der Streit um Handlungs - und Unrechtlehre, ZStW, Bd. 94, 1982, S. 268.

④ ［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 240 页。

结论不乏公正，但毕竟暴露出这种过失理论在的解释客观注意义务方面的欠缺。而且，片面强调结果无价值，不利于对监督过失行为的防治。在一些疏于管理的情况下，被监督人可能并未导致重大损害结果，但这不意味着监督者主观上没有过失。片面强调结果无价值，只会使监督者出于侥幸的心理态度，一开始就无意遵守规范，从而给社会带来风险。

恩格希最早提出，在过失犯中，客观注意义务的违反表现为对规范的损害并构成不法的本质，结果虽为构成要件要素，但并非不法要素，仅为客观的可罚性条件。①

德国行为无价值论继承了这种客观的注意义务观，并将着眼点置于行为上面。如阿明·考夫曼认为，禁止违反义务行为的规定是客观的，而被规定的对象是主观的，即目的行为。“（最后的）目的对过失行为的构成大多不起决定作用。”以司机违章超车为例。“其超车手法所驶向的目的对过失犯的不法并无相关之处。”刑法规范所禁止的是“超车手法”。在这个意义上，“注意的标准与‘目的核心’才建立联系，那么‘目的核心’在行为人意志内容上具有法律相关性”。注意损害（Sorgfaltsverletzung）是过失犯的行为无价值，这种行为无价值不是单纯补充性的不法结构要素，而是过失犯的不法理由（无正当化事由），而结果则既不是规范违反的必要条件，也不是可罚性的客观条件，因为其存在于不法归属和责任归属之外，系刑法理论上一个无意义的角色。② 行为无价值论肯定了行为无价值在过失中的地位，能够揭示监督过失中监督者违反注意义务的行为，但是，他们否定了结果在过失中的作用，就会使人追究那些仅仅违反注意义务而未导致结果的监督者的责任，这显然扩大了责任的范围。所以，也不妥当。

通说的二元论主张，客观注意义务属于行为无价值考虑的内容，而结果预见义务则属于结果归责，即结果无价值所思考的问题。即注意义务是以“行为人所属的社会生活领域内作为认真的和谨慎的人”为标准（从危险的认识可能性中产生的避免导致该当构成要件的结果而采取适当外在行为的应当义务）即避免结果发生的客观谨慎的行为义务。过失的成立，不仅有结果预见义务和避

① Englisch: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin, 1930, S. 341.

② Armin Kaufmann: Zum Stande der Lehere vom personalen Unrecht Festschrift für Welzel zum 70. Geburststag, 1974, S. 409 ~ 411.

免义务，还必须对结果具有客观归责性，即“如果发生结果的特殊的前提条件恰恰存在于行为人行为的违反注意方面，此等结果才能从客观上归责于行为人”。判断“结果可预见性”的标准是客观标准，即以“在社会上该领域内作为认真的和谨慎的行为人的认识能力、判断能力及其关于因果关系的知识制定”①。

日本刑法理论上继预见义务说之后，又提出客观结果回避义务说，即行为人负有应当采取结果回避措施的义务，称为新过失论。日本刑法理论上把这种观点当做行为无价值论的观点，并提出了批判。如“这样的话，‘注意’一词就偏离了原来所属的主观方面判断用语的范围”；而且“如果把这些应当采取的结果回避措施的义务视为注意义务，那么注意义务不外是作为义务，那么过失犯与不作为犯之间的区别也就消失了”②。

为了解释监督过失和公害犯罪，日本理论上出现危惧感说。这种观点原则上将注意义务理解为结果回避义务，但也在一定程度了承认“预见可能性”，即“具体的预见不一定必要，对危险的发生只要有危惧感就够了”。③

这种观点不仅因“危惧感”含义不清、无可操作性受到日本学者的批评，而且其所谓的“危惧感”是依据行为人个人的标准来加以认定的，所以其最终脱离了客观注意义务说阵营。所以也是值得怀疑的。

笔者赞成上述耶塞克的观点，即将注意义务理解为客观的谨慎行为义务（行为无价值），同时在对行为所导致的危害结果进行归责时，也考虑到行为人对结果的预见可能性（结果无价值）。这样，过失概念中既包括对行为的过失（即违反客观的谨慎行为义务），又包括对结果的过失（即违反对结果的预见义务），即包话了行为无价值和结果无价值两方面的内容。

采取这一观点有以下意义：

（1）不需要借助其他标准来解决过失中的问题。“信赖原则”、“可允许的危险”、“危险分配理论”等都为超乎过失之外的标准，没有确定的界限，将它们用做裁判规范则无法限制司法擅断，用做行为规范则又过分限制了人们的日

---

① ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第692～705页。

② ［日］西原春夫：《过失认定的标准》，载《日本刑事法的形成与特色》，法律出版社1997年版，第253页。

③ 藤木英雄语。马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第255页。

常社会行为，所以不足以为据。而解决过失问题，就应该以过失概念中的注意义务和预见义务为标准。如上述日本判例中的乘务员行为，判断过失的有无，只有认定他有没有违反客观谨慎行为的义务且对结果有无预见可能就足够了，不需要借助于“信赖原则”。

（2）有利于根据不同的犯罪进行机能性选择。分别选择侧重于行为无价值和结果无价值标准，以正确地认定不同过失犯罪中的过失。虽然过失犯一般侧重于结果无价值，但随着公害的增加、科技的进步，经常出现一些不易被人预见且具有巨大危害的业务风险，相应的，规范行为、规避风险在过失犯中就愈来愈凸显出其重要的地位和作用，这就要求在一些过失犯罪的认定中重视行为无价值。其中，监督过失最具代表意义。无论是对人的监督还是对物的监督，都因其牵涉面广、对危害结果的间接性而使规范监督行为、预防结果具有重要意义，所以应当重视认定监督过失中的行为无价值。

（3）不会导致不作为犯与过失犯的混淆。在不作为中，刑法规范特点为命令规范；而在过失犯中对于决定客观谨慎行为的动机，刑法既可以为命令规范（如命令行为人采取措施防止风险），也可为禁止规范（如禁止行为人实施具有风险的行为），无论哪种规范都可构成过失犯的规范依据，这与不作为犯的规范依据显然是不同的。所以，行为无价值的注意义务观不会与作为义务观相混淆。

总而言之，以行为无价值和结果无价值二元论来解释过失犯的注意义务能够说明监督过失的不法，对过失犯具有较强的概括力，所以是合适的。

四、监督过失的内容

我国学者对监督过失的注意义务内容进行了不同的解释，主要有以下观点：

第一种观点为预见说。这种观点认为，监督过失的具体内容为，“应当预见自己不履行或不正确履行监督义务的行为可能引起被监督者的过失行为，从而发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见”，以及“在对物的监督过失的场合，监督人应当预见自己没有确立安全管理体制的行为，可能造成危害结果或者可能通过第三者的无罪过行为或自然因素导致危害结果的发生，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免危害结果的发生”。[1] 即强调

① 张明楷：《监督过失探讨》，载《中南政法学院学报》1992年第3期，第3页。

监督者对被监督人的过失行为或对危害结果的预见。

这种观点，一方面不恰当地扩大打击范围。如监督者因预见到该结果而严格实施客观谨慎行为，但未预见被监督者会过失地违反制度并导致危害结果，如依上述观点，则监督者亦应负监督过失的责任。另一方面该观点又不恰当地限制了处罚范围。监督者违反客观注意义务且导致危害结果，就具备了刑法中的行为无价值和结果无价值，应当追究其监督过失的刑事责任，如果以对危害结果的预见作为限定条件，则显然会使一些有监督过失者逃脱刑罚制裁。显然，以“预见”作为认定监督过失的标准并不恰当。

第二种观点为危惧感说。这种观点认为：“行为人对结果的具体发生虽无预见可能性，但对其活动足以致人的生命和身体健康发生某种危害，应当有一般的不安感、危惧感，并亦应积极地探求未知的危险，采取避免危险结果的发生的措施。”①

这种观点也是值得怀疑的，因为：（1）逻辑上不太清楚。其一方面否认行为人对结果的预见可能性，但其另一方面又要求行为人对危害结果有一般的不安感、危惧感，那么对于主观预见的认定让人无所适从。（2）不能清除危惧感说本身的缺陷。除了日本学者的批评，如“在未知危险的场合，其认定的刑事责任有结果责任的倾向”而“在未必未知危险的场合，也有扩大过失责任的倾向”等之外，我国学者也指出：适用危惧感说，“在司法实践中缺乏可操作性；执行起来，难免理解不一，造成司法不统一、不公正的结果”②。

第三种观点为信赖原则说。这种观点认为，认定监督过失时，应“合理地运用信赖原则的理论，确认监督者、领导者有无过失责任”。“鉴于该类事故并非由负有监督职责者的行为直接引起的。因此，在被监督者违背信赖，且监督者并无失察的情况下，应当否定监督者的行为与危害结果间具有直接因果关系，不能追究监督者的过失责任。”③

以信赖原则取代注意义务作为过失认定的标准是值得怀疑的。因为：（1）信赖原则并不是规范标准，没有明确界限且内容模糊，理论上只能作为排除过失行为犯罪性的根据而不是成立注意义务的根据，以之取代注意义务并不

---

① 赵瑞罡、杨庆玖：《监督过失论》，载《政治与法律》2001年第4期，第42页。

② 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第257页。

③ 林亚刚：《犯罪过失研究》，武汉大学出版社2000年版，第251页。

适当；（2）信赖原则在过失犯中一般用做排除行为犯罪性的事由，而不是认定过失犯的理由，二者不宜混淆，未排除行为犯罪性的情况并非都构成过失犯罪；（3）信赖原则未必能完全排除过失犯的犯罪性，因为监督者与被监督之间的关系在很多情况下是基于信赖而产生的，特别在任人惟亲的情况下常常具有一种信赖关系，如果以此免除监督者的监督过失，不仅无法遏制任人惟亲的恶习，而且会放纵犯罪。

第四种观点为注意义务观。即“预见由自己的行为能惹起被监督人的过失行为，至于产生犯罪的结果，应当采取避免该情况的措施的义务”。[①]

笔者赞同第四种观点，因为：（1）从逻辑上讲，监督过失是过失中的一种，一般过失以违反注意义务的内容，监督过失也不应偏离这一内容，否则就脱离了过失的范畴，这是认定监督过失的前提。（2）监督过失之所以不同于一般过失，是因为其存在一种监督关系，相应的，其注意义务的内容也因这种监督关系而与一般过失中的注意义务有所区别。一方面是其对危害结果的预见较为稀薄，另一方面是其注意对象主要在于被监督的人或被管理之物，相应的，其注意义务的内容也主要是被监督者的情状，以防不测。（3）因为监督行为与危害结果之间介入了第三要素，监督者对危害结果出现的预见能力比一般过失低，在很多情况下甚至不要求有明确的预见；与此相应的是，为了防止处罚范围的扩大，就要求以行为无价值加以限制，即一方面监督者必须未实施客观谨慎的行为，另一方面监督者预见到被监督者可能实施过失的行为而未加防治，所以监督者只要具备行为无价值，即使对具体危害结果没有预见乃至没有预见可能性都是可以以监督过失来处罚的。

以日本、德国一度发生的“擦里刀米德”（Fhalidomide）事件为例。“擦里刀米德”是德国库里尔达尔公司生产的一种镇静剂，如果妇女在妊娠期间服用，所生的婴儿就如海豹状的天生畸形。对于这种特定后果，监督者几乎是不可能预见的，所以追究监督过失的根据，更多的是监督者没有督促公司对该药剂进行充分试验以查明其副作用，没有督促该公司谨慎地使用该药剂，即只要具备了行为无价值和结果无价值，就可以认定监督过失。至于有无“危惧感”或对特定危害结果是否有预见，都不重要。

① 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第270页。

再以前述我国新疆克拉玛伊大火案为例。该案中有11名负有直接责任的领导人承担过失犯的刑事责任，这可以认为是监督过失。其中，原友谊馆副主任阿不来提·卡德尔承担刑事责任的理由是：平时未组织工作人员学习有关安全管理规定，疏于消防安全教育和管理，没有制定有关安全方面的规章制度，使馆内工作人员职责不明，缺乏安全意识；对馆内存在的各种不安全隐患未进行有效整改，严重违反消防和安全管理规定；起火后未疏散场内人员，构成重大责任事故罪。原友谊馆主任蔡光锋承担刑事责任的理由是：不重视安全工作，未对职工进行安全教育和制定应急防范措施，对馆内存在的不安全隐患不加整改，工作严重不负责任，构成玩忽职守罪。原克拉玛伊市主管文教工作副市长兼评估验收团领导小组组长赵秀兰，构成玩忽职守罪的理由是：对组织学生汇报演出没有向有关部门和人员提出安全要求，当舞台起火后没有正确履行法定职责和特定的组织指挥职责，指挥不力。从上述判决理由中可以看出，对监督过失的成立起决定作用的是监督者的行为无价值，而主观上对危害结果的预见或预见可能性则没有成立辩护理由。

否定了监督过失中监督者对具体危害结果的预见可能性，并不意味着也可以否认监督者对危害结果的意思或意志支配可能性。自从德国学者麦霍菲尔以“支配可能性”代替行为的“有意性”以来，社会行为论一直系德、日通说的行为理论，本书的危害行为也是以“支配可能性”为行为要素的概念。在监督过失中，如行为人恪尽职守，完善规章制度，严格执行操作规程，谨慎从事监督管理活动，则必然能够遏制危害结果的发生。易言之，以客观事实为根据从事后进行反向推论，违反监督义务的行为必须是导致危害结果的必要条件，对是否出现危害结果具有支配力，这样才可以认定存在监督过失行为。反之，如果客观谨慎行为对防止危害结果没有支配力，那么即使监督者未谨慎地履行注意义务，也不应对危害结果承担监督过失的责任。

综上所述，监督过失的内容包括以下几个方面：（1）监督者能够预见到自己的行为可能惹起被监督的过失行为或者被管理设备、物质等的危险；（2）监督者没有恪尽职守履行监督义务，没有谨慎地实施监督行为，这种监督义务是一种客观的义务；（3）监督者必须对危害结果的发生具有支配可能性，而不需要有预见可能性；（4）出现了作为构成要件的危害结果。

五、监督过失的认定

在监督过失的认定方面，有几个问题需要特别讨论。

1．对能力较低的监督者如何认定其监督过失

对于监督能力较低的人，若赋予一般人的监督义务并以一般人的标准来认定其监督过失，似乎对其有失苛刻而显得不公平。如某公司经理能力较低，制定的规章制度漏洞百出，员工即使依规章制度办事也不免出错，因此而导致重大责任事故，对此能否认定该经理的监督过失？如果以一般健全制度的标准要求，则其制订规章本身即违反了谨慎行为的义务，可认定其监督过失。这显然不太公平。反之，如果不认定监督过失，那就意味着对能力较低者放宽标准，其结果是对能力较高者要求愈高，而能力较低者标准愈低，一旦出现责任事故就出现“能者有罪、庸者无过”的不公平局面。而且，监督能力较低的人一般更容易出错，如果放纵其行为，无疑会使更多的庸者身居高位而不思危机，从而导致社会的倒退。

笔者认为，监督能力低并不是开脱罪责的理由。首先，对于此类监督者之监督义务，应依客观标准加以认定，即一般人处于该地位及身份状况下所应承担的监督义务。其次，应考虑行为者的认识能力，虽然监督者认识能力较低，但能以同等能力水平的标准来判断该监督者是否恪尽职守、是否认真履行监督义务，如果同等能力水平的其他人在该监督者的情况下能够谨慎实施监督行为并成功避免危害结果的发生，而该监督者没有，那么就可以认定其监督过失。最后，应考虑监督者对危害结果的支配可能性。如果监督者支配可能性较小，其虽三令五申，但员工因欺负其威信低而各自为政，最后导致危害结果的，就不应追究其监督过失；反之，如果监督者支配可能性较大，虽然能力较低，但凡事喜欢独断专行，而且刚愎自用，不肯听下属员工的解释、规劝和建议，最后出现危害结果的，则应当追究其监督过失。

这样在客观监督义务标准上，可以敦促监督能力较低的人付出更大的努力，更开明地行使监督管理的职责；同时又考虑到其客观能力限制，不致滥罚。

2．认定监督过失的步骤

在一些重大的责任事故犯罪中，不少负有监督义务的人对危害结果的发生多少都有些责任，如果不加区别地认定其构成监督过失犯罪，则不符合刑法谦

抑性原则；而如果仅由直接责任人负责任，则有失公平。这样，按照一定步骤来确定监督过失就具有重要意义。

要确定监督过失的存在，首先，应判断“监督者”是否处于监督管理的地位，只有合法的监督者才能承担监督过失的责任，而未处于监督管理地位的人员则仅承担一般的过失责任；其次，根据行为无价值标准判断各监督主体是否违反了客观谨慎行为的义务、是否采用了适当的监督行为；再次，根据行为人对危害结果的支配可能性来确定是否应该免除其监督过失的责任；最后，根据监督者是否可能预见到被监督者会采取过失行为或被监督的物是否存在危险。经过一系列的判断，就可以确定监督过失的存在。以上述洛阳东都商厦大火案为例。桂延州、姚国红、唐中林等监督管理者若严格按照规定，配合消防部门对东都商厦娱乐城进行安全检查，对火灾隐患认真监督整改，谨慎履行监督义务，则上述惨剧不会发生。所以，他们的监督行为对危害结果具有支配力。此外，他们在实施监督过失行为的同时，是能够预见到被监督者的过失行为的。因此，他们的行为符合监督过失的条件。

3. 监督者与被监督者之间能否成立共同过失犯罪

日本刑法理论中有种观点认为，监督过失可以构成共同犯罪。理由是：“在各个能够采取避免结果措施的责任者不同的时候，应当不限于其背后人（监督者）单独成立过失犯，而有必要确认不同共同正犯类型，以根据各人不同作用科处相应刑罚。离发生伤害结果较近的成立直接正犯，而背后的监督者仅仅只是对现场行为人的过失行为起到助长、促进作用。这里应当认为主张成立过失的从属共犯也是有相当的理由的。”①

我国也有学者承认共同过失正犯，即“两个以上的行为人负有防卫违法结果发生的共同注意义务，由于共同的过失行为，以致结果发生的情形”。②

上述观点有一个共同的特点，即将过失犯的注意义务理解为“结果避免义务”。因为所导致的结果是共同的，所以各过失行为就是该结果的共同原因，相应的应依各自的作用科处刑罚。这一逻辑在结果无价值的立场上是成立的。但是，该过失行为是否违反共同的客观谨慎行为的义务，换言之，监督者与被监督者因地位不同、业务不同而是否可能存在共同的谨慎行为，上述观点则没有

---

① ［日］佐久间修：《共同过失与共犯》，中日第八次刑事法学术研究讨会报学者论文。

② 林亚刚：《犯罪过失研究》，武汉大学出版社2000年版，第264页。

考虑。行为无价值要求依行为的样态、种类来认定行为的共同性，而不是仅依对结果的共同作用为标准，所以不承认共同过失犯罪。① 因此上述观点着眼于“结果”来考察注意义务的内容，仍是一种结果无价值论的观点。

然而，监督过失有其自己的特点。监督过失的核心在于，监督者没有有效地促使被监督者谨慎地实施行为，原因是监督者本人也没有谨慎地实施行为，所以行为无价值在监督过失中处于非常重要的地位。在这种情况下，监督者与被监督者之谨慎行为的要求和内容均不相同，所以违反的注意义务也并不相同，那么就应各负其责，这样不仅符合监督过失的特点而且明确了责任界限。反论之，如果以共同过失犯罪笼统处理，则因各自对危害结果之作用大小难分轩轾，欲分清责任界限，也很困难。这种结论与承认共同过失犯罪的最初愿望是背道而驰的。

此外，我国刑法第25条第2款规定：“二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处”。实定法也不允许存在过失共同犯罪。

因此，无论从应然或实然的角度看，监督者与被监督者之间都不可能成立共同过失犯罪。

4. 对监督过失者判处刑罚的依据

监督者和被监督者所共同导致的危害结果是一样的，但二者的刑事责任并不相同，各自判处的刑罚轻重也应有所区别。因此，从刑事责任的区别上，也可以看出危害结果并非监督过失处罚的惟一依据。

影响监督过失之处罚的因素有以下几个方面：（1）行为的种类。以前述新疆克拉玛伊大火案为例。同样承担的是监督过失责任，有人构成重大责任事故罪，有人构成玩忽职守罪，其根本原因是行为种类不同。所以，在追究监督过失刑事责任时，应根据行为人不同的行为表现，分别进行定罪量刑，不宜以共同犯罪，也不宜以一个罪名笼统论处。（2）注意义务的种类。监督人所处地位不同、职责不同，其注意义务也有差异。有些人的注意义务直接关系到危害结果的发生，如煤矿公司的安全管理员、主管生产副经理等；有些人的注意义务则距离危害结果较远，如公司总经理、董事长之类。一般来说，责任重大、距离危害结果较近的监督人，其刑事责任也较大，反之则较小，对于距离危害结

① ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第791页。

果较远且只有宏观监督义务的人可以不追究刑事责任。监督过失不应该无限延长。(3) 监督者对危害结果的支配能力。监督者对危害结果的支配力愈强，其行为的危害性就愈大，刑事责任也愈大，应处的刑罚也应愈重。(4) 监督者对被监督者过失行为的预见力。监督者能预见到被监督者的过失行为，而未及时采取谨慎的防治措施，就表明其懈怠于履行监督义务，因而处罚相应较重。

总之，监督过失犯罪是行为无价值与结果无价值的统一，放弃任何一方面者都不能对其进行正确的认定。

第三节　未遂犯的认定

一、问题的提出

首先比较中、日、德三国刑法中关于未遂犯[①]处罚规定。

我国刑法第 23 条规定："已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。"

日本刑法第 44 条规定："处罚未遂的情形，由各本条规定。"

德国刑法第 23 条第 1 款规定："重罪的未遂一律处罚；轻罪的未遂的处罚以法律有明文规定为限。"

通过上述比较，可以发现德、日刑法中将未遂犯限定于立法规定的范围内，而我国刑法则无此限制。

立法上限定未遂犯的范围，理论上就可以不再为哪些罪名可能构成未遂犯、哪些罪名在未遂情况下不构成犯罪而争论，实践中也可以不再为某种行为的未遂状态是否可成立犯罪而犯愁。如贪污未遂、盗窃未遂、行为犯未遂、危险犯未遂等是否构成犯罪，在理论和实践中确实存在一定争议。[②]

那么，是否应当通过立法限定未遂犯的范围？是否能够通过立法来加以限

---

① 未遂犯有广义与狭义之分，广义的未遂犯包括未遂犯和中止犯两种，现行日本刑法第 43 条规定就是广义的未遂犯；狭义的未遂犯则仅指与中止犯相区别的未遂犯（马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 516 ~ 517 页）。这是为了论述的方便，采用的是狭义的未遂犯，即使论及日本刑法中的未遂犯，也是指狭义未遂犯。

② 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社 1999 年版，第 261 页。



定？如果可以的话，则应该如何来限定？

对这些问题，我国刑法理论上并未进行深入研究。

二、未遂犯的概念及处罚根据

根据我国刑法第23条第1款规定，未遂犯可以定义为："行为人已经着手实行犯罪，由于其意志以外的原因而未能完成犯罪的一种犯罪停止形态"①。这一定义与德、日刑法中的未遂犯定义有一定区别。德国刑法第22条规定："行为人已直接实施犯罪，而未发生行为人所预期的结果的，是未遂犯。"日本刑法第43条规定："已经着手实行犯罪而未遂的，可以减轻刑罚。"相比较而言，我国刑法中的未遂犯定义具有的特点是：将犯罪未完成作为一个整体来考虑，而并不侧重于"未发生行为的所预期的结果"或"实行行为未完成"，因而立意较为全面。

从理论上看，结果无价值论与行为无价值论的观点存在分歧。

结果无价值论认为，未遂犯的不法理由是对结果的威胁。麦兹格认为，结果与有结果意向的行为是可以彼此独立存在的，如果法律不允许的结果并未出现时，这种有结果意向的行为也可能在次位的价值评判意义上说明不法内容，所以未遂不仅有责而可罚，而且是真正的不法。这种不法不是因为存在对法益威胁的事实，而是因为包含对结果认识和意志的有意活动之行为构成了未遂的不法内容。② 李斯特以未遂犯"没有发生符合构成要件的对外部世界的改变"来区别于既遂犯，但同时因未遂犯存在于意志活动、行为、行为人方面的危险性特征说明了未遂犯的可罚性和违法性，"行为的危险性以可能出现符合构成要件的对外部世界的改变为基础，而这种可能性又是行为人'决定'破坏利益安全的结果"。如果没有行为人的这一"决定"，"行为的危害性及其客观违法性就不能确定。作为真实的和重要的'主观不法要求'，该'决定'使得认定行为是以侵害法益为目的，攻击法益，危害法益成为可能"③。日本学者平野龙一教授则认为："之所以处罚未遂犯，是因为其行为具有发生结果的具体危险性。

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社1999年版，第272页。

② Mezger, Moderne Wege, S. 27; Zitiert von Zielinski: Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 49 ~ 50.

③ ［德］李斯特、施密特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第333 ~ 336页。

这种危险性不是行为人的性格的（主观）的危险性，而是行为所具有的侵害法益的客观危险性。"①

在结果无价值论的视野中，麦兹格以"包含对结果之认识和意志的有意行为"取代客观结果说明未遂犯不法内容，使得"未遂犯的不法不仅区别于既遂犯的不法，而且以一个不同的不法构成要件和规范为基础"说明其内容，其理论上不能协调一致。此外，他还不能说清"对结果的认识和意识"与作为责任要素的故意之间的关系。② 与麦兹格不同，李斯特和平野龙一以"客观危险"说明未遂犯的不法内容，其结论要么以行为人之"决定"作为认定客观违法性的前提，近似于有责不法理论的观点；要么从根本上否定不能犯的违法性，③ 所以无论哪一种观点都难谓妥当。

行为无价值论则认为，未遂的不法是行为人没有完全地实现其行为计划或目的。"如果行为人已完成所有行为计划必需的东西，行为无价值就全部而完整地出现了。""尚未实施全部行为计划所必需的行为之人，其行为尚未结束，其行为决意尚未获得对其行为能力的全面确证。""这里——从行为实行的构造上推导出——未给出全面的行为无价值。未遂犯的（客观）能犯性标准对行为的不法标准并未给出什么尺度。"④ 齐林斯科则认为，未遂犯的不法与既遂犯的不法本质上应是一致的，不应像结果无价值论所主张的那样将二者区分开来。他说，"未遂的不法是地道地对目的行为的消极价值评判"，"价值评判和规范的对象是目的行为"，而"既遂犯的不法是不地道地对目的行为的消极价值评判，其在具有结果力的时候才是如此"。无论未遂犯抑或既遂犯，"规范只能是对接受者的命令，命令他做某种规定的事情，而不能要求他在纯粹'客观'的情况下——即对命令者完全无知的情况下——去做规定的事情"。日本行为价值论者团藤重光"从定型说和人格责任论的观点出发"对未遂犯的处罚根据进行了考察，他认为，"实行"是符合基本构成要件的行为。实行行为的开始，"第一，必须存在基本构成要件的故意，如果一开始就有使犯罪不完成而告终的意思，也不成立未遂罪；第二，必须至少实施了符合基本构成要件的一部分行为，而

① ［日］平野龙一：《刑法总论》（Ⅱ），有斐阁1975年版，第313页。

② Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 50 ~ 51.

③ ［日］平野龙一：《刑法机能的考察》，有斐阁1975年版，第39页。

④ Armin Kaufmann: Zum Stande der Lehere vom personalen Unrecht Festschrift für Welzel zum 70, Geburststag, 1974, S. 403.

且仅此就足够了"[①]。

行为无价值论认为，将未遂犯与既遂犯的不法评价统一起来考虑，不至于对同一犯罪因犯罪形态不同而进行不同的无价值评价。这一点是值得肯定的。

但是，行为无价值论视做联系这种不法评价的纽带，与其说是无价值的行为，不如说是一种无价值的"目的性"（Finalitat）或"人格性"，这显然重新回到了主观未遂犯的过时理论；而且对未遂犯的不法进行定型分析，则是以形式上的推测取代了实质上对未遂犯之具体危险性的判断，并未说明未遂犯实质不法的理由。更值得注意的是，对未遂犯进行形式的思考不可避免会陷于自相矛盾的境地。一方面它将构成要件视为定型结构，另一方面对构成要件进行扩张，那么其作为定型的本来意义是否仍然存在就值得怀疑。[②] 依据行为无价值的理论，不仅实行终了的未遂犯与既遂犯难以区分，如齐林斯科认为"谁采取了义务违反的行为，就构成了不法；即使是实行终了的未遂，也成立了完整的不法。"再如"对既遂犯与实行终了的未遂同等对待也是刑法预防目的所要求的"；[③] 而且不能犯未遂与迷信犯也无须区分，如"行为又在其行为的故意中所给出的意义规定了违法性评判的价值基础。当然迷信犯未遂也是不法的"。[④] 所以，依行为无价值论来认定未遂犯的不法有扩大刑法处罚范围的倾向，也不足取。

二元的不法理论则重视主观的反规范性和客观行为的危险性两个方面。默拉赫认为，未遂的刑法基础并不在于其威胁了具体被侵犯的法益，而在于行为人通过实现与法律相敌对的意志而损害了共同的法和平（Rechtsfrieden）。还有一种理论将行为的社会危险性抽象地理解为"犯罪性印象"，认定未遂犯的时候，不仅要求有主观方面的目的（志向无价值），而且要求行为引起了这样的"印象"，缺乏这样的"印象"就意味着没有违反客观注意。[⑤] 除此之外，行为

① ［日］团藤重光：《刑法纲要总论》，创文社 1990 年版，第 354～355 页。

② ［日］平野龙一：《刑法总论》（Ⅱ），有斐阁 1975 年版，第 313 页。

③ Armin Kaufmann: Zum Stande der Lehere vom personalen Unrecht Festschrift für Welzel zum 70. Geburststag, 1974, S. 403.

④ Armin Kaufmann, a. a. O. S. 403.

⑤ 朗格尔、拉姆帕等均持此观点，此观点称为印象理论。Vgl, Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 87；［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 614 页。

人理论认为，“未遂的可罚性还以行为人的危险性为根据，此时，应当注意被保护的行为客体的危险性存在于行为意志之中”。[①] 日本学者川端博以对结果无价值的批评为出发点表达了其折中的观点。在未遂犯情况下，“单以客观的、外表的、物理的方面，无论如何详加认识，亦无法确定将会发生何种结果之危险性”。因“无法否定行为人之犯罪计划对上述现实危险性发生影响”，这种现实的危险性“不在行为人的危险，而是在‘行为之客观的危险’”，系具体的危险；其主观的“犯罪计划”系“行为人所为之计划”，并非从一般人立场所进行的判断；行为内容为“实现犯罪构成要件”的行为。[②]

二元的不法理论承认了主观的不法要素与客观社会危险为未遂犯的处罚根据，弥补了行为无价值论与结果无价值论所存在的理论局限。但是，上述二元的不法理论是一种机械的理解，并不能合理解释未遂犯的行为无价值论与结果无价值论，其结论是：要么如印象理论一样对“危险性”进行抽象理解，以之解释未遂犯，则范围有失过宽，以致将预备犯、阴谋等都包括进去；要么片面强调行为客观的危险性而否认不能犯的可罚性。[③] 根据我国刑法之规定，一方面未遂犯与预备犯应加区分，另一方面不能犯未遂的可罚性不宜否定，有鉴于此，对上述二元的不法理论也不能完全采纳。

我国刑法理论上对未遂犯的处罚根据主要有两种不同的观点。一种观点认为，应以主客观相统一原则为指导思想，以犯罪构成要件作为未遂犯承担刑事责任的依据。如“未遂犯的犯罪构成与既遂犯的犯罪构成，在具体内容上，毕竟有所不同。特别是从客观方面看，它不仅没有造成法定的危害结果，而且尚未完成犯罪的实行行为。”“未遂犯的犯罪构成要件，实质上是对既遂犯构成要件的修正。未遂犯之所以要承担刑事责任，并不是因为它具备了既遂犯的构成要件，而是因为它符合了修正的构成要件。”[④]

这种观点从表面上看，与上述行为无价值论的定型说有相似之处，都以作为定型的构成要件符合性作为未遂犯的处罚根据。但实质上，二者有着本质的

---

① ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第614页。

② ［日］川端博：《刑法总论二十五讲》，余振华译，元照出版有限公司1999年版，第246～252页。

③ 同②，第277页。

④ 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第461页；赵秉志：《犯罪未遂的理论与实践》，中国人民大学出版社1987年版，第54～55页。

区别，定型说是一种形式的客观说，对构成要件进行了一种形式客观的理解，而我国的犯罪构成要件则有着较丰富的内涵，对二者不可等量齐观。我国通说认为："犯罪构成是刑法规定的，决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必须具备的一切客观要件和主观要件有机统一的整体。"① 我国的犯罪构成具有主观方面和客观方面的要件，具有形式（刑法规定）和实质（具体行为的社会危害性）的内容，不同于形式客观意义上的构成要件。所以，以犯罪构成作为未遂犯处罚根据，揭示了未遂犯的主客观内容和形式、实质的刑事不法根据，立论充分，对实践中认定、处罚未遂犯具有重要意义，这是值得肯定的。

另一种观点认为，应采取客观的未遂论，以法益侵害的危险性作为未遂犯的处罚根据。理由是："对于刑法分则所规定的以危害结果作为构成要件的故意犯罪而言，不可能成立未遂犯。因为既然危害结果是构成要件，那么未发生危害结果的行为就不符合犯罪构成，而行为符合犯罪构成是认定犯罪的惟一依据，不符合犯罪构成的行为既不能成立既遂犯，也不能成立未遂犯。"②

对此理论，笔者有点疑惑，因为在司法实践中有很多结果犯都被认为可以构成未遂犯。如1996年武汉市硚口区人民法院判决了这样一起盗窃未遂案。某甲与某乙（某干洗店帮工）商定于某晚12时去该干洗店偷客人送交干洗的衣服，具体计划为：某乙将衣服打包从五楼上扔下来，由某甲在外接应。事发晚上，某甲如期来到该干洗店楼下，某乙则将二十多件衣服打包从五楼上丢下，某甲拾起后正欲离开，被闻声惊起的大院门卫当场抓获。该案最后被判决为盗窃罪，构成未遂犯。如果依第二种理论，则本案被告不构成犯罪。这是值得怀疑的。因为，本案中被告人盗窃已达到数额较大标准，已符合犯罪构成，只是因为意志以外的原因而未充足普通的构成要件而已。所以，这里不能认为盗窃未遂没有符合犯罪构成。而且，行为人的主客观方面均已表现出严重的社会危害性，已充足修正的构成要件，如果不以犯罪论处，则放纵了犯罪。

从理论上看，片面以法益侵害的危险性为依据还有以下缺陷：（1）只能否认不能犯未遂的可罚性。（2）如果不处罚结果犯的未遂，那么对于根本没有导致结果可能的危险犯、行为犯、情节犯等的未遂都不应处罚，其结论就是最终

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社1999年版，第86页。

② 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第205页。

放弃刑法中关于未遂犯的处罚规定。（3）片面强调以法益侵害的危险性为依据，则只有放弃对预备犯的处罚。因为预备犯中并无具体对法益侵害的危险性，其危险性只是根据行为人所实施的行为抽象推定出来的。既然刑法中明文规定了处罚预备犯，为了与此相协调，上述客观未遂论就面临着两难选择：要么承认预备犯，且一并承认不能犯未遂的抽象危险性，并放弃客观的未遂论；要么一并否认预备犯的可罚性，建议立法取消关于犯罪未完成形态之规定。因此，笔者赞成第一种观点。

刑法分则中各犯罪之规定不同，构成要件也有所区别，有的犯罪以危害结果为构成要件，有的则不是，不能一概而论。对于以危害结果为构成要件的犯罪，其未遂犯的危险性就应考虑行为导致危害结果的危险；而不以危害结果为构成要件的犯罪，则不以结果的危险作为未遂犯成立的根据。无论犯罪是否以危害结果为构成要件，所有的未遂犯都侵犯了刑法所保护的社会关系，[①] 对刑法的保护客体都存在有危险性的行为，是否有导致危害结果的危险只是一个选择性要件而已。儒多菲的观点切中肯綮，他说："最终起决定作用的是刑事政策，即在法律保护的利益中应否以及在多大程度上命令通过刑罚来威慑那些追求符合构成要件的事态无价值（Sachverhaltensunwert）的未遂行为。换言之，对处罚纯粹的行为无价值而言是否以及在多大范围内通过法益保护原则来设定界限。"[②] 因为作为构成要件的危害结果最终没有出现，所以结果要件对未遂犯的处罚不可能起到主导作用，结果无价值在未遂犯的不法中也就不处于主导地位。相反，决定未遂犯的可罚性及其程度的因素最终为行为及规范性，重罪行为的反规范性重于轻罪，同一犯罪中指向重结果行为的反规范性高于指向轻结果行为的反规范性，行为手段、方法、主观恶性、人格等也影响着行为的反规范性。

这些因素均须根据不同案件具体确定，所以通过立法的形式限制未遂犯的处罚范围对一般的案件而言并不可取，它只会束缚对犯罪行为的惩治。当然，也有特殊的犯罪根本不可能存在未完成形态或者根据刑法谦抑性原则不应处罚

---

① 这里所使用的概念不等于法益。这一点在本书第三章第一节论述"法益"概念时，已进行了充分的展开。

② Rudophi：Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre，Festschrift für Maurach，1972，S. 71.

其未完成形态，对此类犯罪通过立法予以限制未遂犯处理范围，对于节约司法成本是有意义的。

三、理论上对未遂犯的具体认定

对刑法中一些犯罪类型能否成立未遂犯，理论上存在一定争议，这里分述如下：

1. 结果犯

一般认为结果犯可成立犯罪未遂形态，而区分既遂犯与未遂犯的标志是“法定犯罪结果的发生与否”①。也有相反的观点认为，结果犯不可能成立未遂犯，并以生产、销售伪劣商品罪，妨害对公司、企业的管理秩序罪，危害税收征管罪，侵犯知识产权罪，妨害文物管理罪，滥用职权罪等为例，说明结果犯不构成未遂犯。② 一般来说，部分结果犯侧重结果无价值，在未遂的情况下，因结果未出现，行为无价值与结果无价值就都显得较为稀薄，故而主张不处罚结果犯，并不奇怪。但是，大多数结果犯既重视结果无价值又重视行为无价值，如盗窃罪，诈骗罪，抢劫罪等，在未遂犯中其行为无价值不见减弱，那么就应依照未遂犯的处罚根据对他们予以处罚。笼统地否认结果犯的未遂犯，实际上没有注意到未遂犯中的行为无价值，故而并不可取。所以，对于结果犯而言，一般可以处罚未遂犯，但是少数侧重结果无价值的结果犯则另当别论。

有复杂罪过的犯罪，则一般不成立未遂犯。对此，后文会进一步论述。

2. 行为犯

通说认为，行为犯可成立未遂犯，以行为的完成与否作为认定既遂犯与未遂犯的区别标志，如“因犯罪人意志以外的原因未能达到法律要求的程度，未能完成犯罪行为，就应认定为未完成犯罪而构成犯罪未遂”。③ 也有不同观点认为：“在区分行为犯的既遂与未遂时，也必须从实质上考察其行为对法益的侵害程度。”④

笔者认为，如果在保护客体的意义上理解法益概念，则上述两种观点并不

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社1999年版，第265页。

② 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第203~205页。

③ 同①，第265~266页。

④ 同②，第226页。

矛盾，因为任何犯罪均侵犯了保护客体，行为犯的既遂与未遂之不同，反映在对保护客体的侵犯程度上也有所区别。但是，并不能反向推论，认为行为对保护客体的侵犯程度可以作为区分行为犯既遂与未遂的标准，因为在行为犯中并无一个客观程度标准可用以确定既遂与未遂之间的区别，而以这种并不客观的标准为区分标准，其结论是不正确的。如果在“具体利益”的意义上理解的法益概念，则第二种观点无法解释不能犯未遂对具体利益的侵犯。反论之，从行为无价值的角度看，行为犯侧重于行为无价值，作为构成要件的客观方面只有行为表现，行为完成状态、方式等只是表明对犯罪客体侵犯程度的客观依据，撇开行为标准，就难以找到行为犯的客观标准。所以，通说观点更有说服力。

3. 举动犯

通说认为，举动犯一经着手即告犯罪完成并充足构成要件，从而构成既遂犯。① 相反观点认为，举动犯亦有一段时间过程，在此中间亦可能存在未遂。② 应该肯定，举动犯从着手到既遂之间确实有一段时间间隔。以传授犯罪方法罪为例。从开始传授到行为结束存在一段时间。但是这并不足以肯定举动犯的未遂犯。因为在这个时间内，行为人的行为要么根本未表现出其主观恶性和客观危害性，这时不能构成犯罪；要么一旦表现出其主观恶性和客观的行为危险性，那么就构成既遂犯。所以，举动犯根本不可能有未遂犯的存在空间。

4. 危险犯

通说认为，危险犯的未遂犯与既遂犯的区分标志为是否具备法定的客观危险状态。③ 也有相反的观点认为，危险犯的构成要件就是以未遂形态设定的，即“发生危险时仍然可能是未遂”。以破坏交通工具罪为例。“并不意味着只要发生公共危险就构成既遂，发生公共危险只是意味着破坏交通工具罪的成立。如果行为没有造成交通工具的倾覆、毁坏，仍然不能认定为既遂。”即以实害结果的出现为危险犯既遂的标志。反论之，“如果某种破坏交通工具的行为根本不可能发生公共危险，则不成立破坏交通工具罪”④。

因为危险犯是以客观的危险状态为构成要件的犯罪，所以，危险状态是区

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社1999年版，第266页。

② 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第225页；［日］山中敬一：《刑法总论》，成文堂1999年版，第670页。

③ 同①。

④ 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第227～229页。

分危险犯成立与否、既遂与未遂的标准。通说观点笼统地以“是否具备法定的客观危险状态”为区分既遂与未遂的标准，那么在未出现客观危险状态的情况下就无法用以区分是不构成犯罪抑或只是构成未遂。而相反，另一种观点走向了另一个极端，即单纯以公共危险作为区分罪与非罪的标准，而忽视其对既遂犯未遂犯的界定功能。所以，无论哪种观点都不是中的之论。

以破坏交通工具罪为例。行为人击破了公交汽车的玻璃窗，其行为破坏了交通工具但未造成公共危险，如果以通说观点来裁判此案，则难以解释该行为到底应构成未遂犯还是不应构成未遂罪。换一种情况，如行为人意图将公交汽车的车轮胎扎破，从而使其在行驶的过程中倾覆，但实际上行为人所使用的钢钉质量较差，没有扎破轮胎，没有威胁到公共交通的安全。在这种情况下，应构成不能犯未遂，而不能因为行为人未导致了客观的危险状态不予定罪。所以，第二种观点也是值得商榷的。

笔者认为，既然危险状态是区分危险犯成立与否、既遂与未遂的标准，就不能笼统地只片面考虑某一方面，而应当区别情况，分别认定。危险状态作为危险犯成立与否的标志与作为区分既遂、未遂的标准，其意义不是一样的，其作为区分既遂与未遂的标准一开始就是存在的。以放火罪为例。如行为人在油库旁放火，火引已打着，但未点燃目标物而遭到制止的。在这种情况下应考虑两个方面问题：（1）在油库旁打着火引，其公共危险已迫在眉睫；（2）未点燃目标物，其公共危险尚没有变成现实。在这里因为公共危险已经出现，行为已经符合放火罪的犯罪构成，而区别既遂与未遂的标准是：目标物是否已点燃并能独立燃烧。只有目标物已独立燃烧，公共危险才最终变成了现实。如果说在未遂的情况下，犯罪表现出来的是行为本身的危险性，那么在既遂情况下危险犯就要考虑结果无价值，即有客观的危险结果，这一结果要求以行为之外的客观的形式表现出来。如放火罪中目标物独立燃烧、破坏交通工具罪中交通工具某安全部件受到一定程度的损伤、决水罪中使蓄水堤坝受到一定程度损伤等，都是刑法所规定的作为构成要件的危险结果。依据这一标准认定危险犯的未遂，既与传统刑法理论相协调，又有利于正确处罚危险犯。

5. 情节犯

情节犯是以“情节严重”、“情节恶劣”的规定为构成犯罪限制性要件的犯罪。通说认为，在此类犯罪中不存在犯罪未遂。这种观点应该是正确的。因为

在情节犯中，无论行为是否实施完毕，无论结果是否出现，只要行为情节严重，就构成犯罪，反之如果因行为未实施完毕或结果未出现而不能认定为情节严重，则不能构成犯罪。所以情节犯中只存在构成犯罪与否的问题，而不存在区别既遂犯与未遂犯的问题。

6. 结果加重犯

通说认为，结果加重犯“只有是否成立加重构成犯罪之分”，而没有犯罪既遂与未遂之分。[①] 另一种观点认为，在结果加重犯中对于加重的结果可以成立未遂犯。如“意图以实现加重结果而实行了结果加重犯的基本犯罪行为，由于其意志以外的原因而‘未得逞’，即意图的加重结果未实现的，只能是结果加重犯的既遂的构成要件不齐备，而不是结果加重犯‘无由成立’，应是结果加重犯的未遂。”[②]

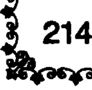
这两种观点都有一定道理，尤其是第二种观点揭示了对加重结果系直接故意情况下的犯罪未遂，这是应该肯定的。但是笔者个人观点更倾向于第一种观点。理由在于：

（1）在结果加重犯中，行为人对加重结果一般系持间接故意或过失的心理态度，而持直接故意的情况较少。一般情况下，司法机关只根据出现的结果来认定结果加重犯，对主观罪过则不需要深究；如果承认结果加重犯的未遂形态，就使得司法机关不得不深入考虑每个未出现加重结果之犯罪人对加重结果的主观罪过，这样不仅不利于节约司法成本，还大大增加了错案风险。

（2）从理论上看，在结果加重犯的加重后果未出现时一般并无以未遂犯处罚的必要。如行为人对加重结果持直接故意的心理态度，虽然其行为未导致加重结果，但行为人对加重结果的犯罪未遂确实有处罚的必要，这时也无须承认结果加重犯未遂。以抢劫致人死亡未遂为例。行为人有杀人的直接故意去抢劫某人，但抢劫数额较小且因意志以外的原因而未导致被害人的死亡，那么考虑到抢劫罪的行为要件是复杂行为，其杀人行为与抢劫行为存在一种牵连关系，相应就可以按照牵连犯的处罚原则来加以论处。因其杀人未遂的处罚重于抢劫罪，这里就应直接依故意杀人罪未遂来定罪处罚，抢劫行为只作为故意杀人罪的量刑情节加以考虑，不再另行成立抢劫罪。

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社1999年版，第261页。

② 李邦友：《结果加重犯基本理论研究》，武汉大学出版社2001年版，第136页。



所以，即使存在行为人对加重结果有直接故意的情况下，也不需要借助结果加重犯未遂来处罚犯罪。

四、基于二元论的立场得出的结论

结果犯中有两类犯罪不应存在未遂犯。

（1）在一些重视结果无价值的犯罪中，如某些行政犯和过失犯，都不应成立未遂犯。这类行政犯罪的特征是，未明确规定具体的行为内容，一般表现为“违反XX规定”或“违反XX规定”的行为、不作为或以“徇私舞弊”一言概之的行为，同时要求结果限定。撇开前述过失犯与间接故意犯和有复杂罪过的犯罪，我们在刑法中还可以看到一些这样的犯罪。

如我国刑法第345条第2款规定，“违反森林法的规定，滥伐森林或者其他林木，数量较大的”构成滥伐林木罪，森林法规对防止滥伐森林的行为已有充分的预防功能，刑法作为决定规范的功能已经稀薄，即不存在较大的行为无价值，相反其侧重点在于强化森林法规的预防力并侧重于对此类犯罪的惩治，其主要功能为作为评价规范的功能和惩治功能，侧重于结果无价值。在未遂的情况下，其结果无价值也就显得很稀薄。所以，应认为其无价值内容并不严重，也无动用刑罚处罚的必要。

（2）具有复杂罪过的犯罪也不构成未遂犯。以滥用职权罪为例。其不构成未遂犯的理由在于：第一，行为人虽然对行为是故意，但对危害结果的罪过则一般为过失，那么在结果没有出现的情况下就不可能构成未遂犯；第二，依笔者见解，对本罪不应以结果无价值来限定处罚范围，而应该回到侧重行为无价值的立法结构中，将结果要件修改为情节要件，以“情节严重”来限定处罚范围，既然如此，也不可能存在未遂犯。所以，有复杂罪过的犯罪，不存在未遂犯的形态。

基于对上述未遂犯罪处罚依据的分析，有些犯罪的未遂形态一开始就可以排除在刑法规定之外。如果要明文规定未遂犯的处罚范围，下列犯罪可构成未遂犯：（1）结果无价值与行为无价值并重的结果犯；（2）行为犯；（3）危险犯。

相反，下列犯罪不成立未遂犯；（1）情节犯；（2）举动犯；（3）结果加重犯；（4）过失犯；（5）具有复杂罪过的结果犯；（6）侧重结果无价值的结果

犯。

这样就可以将未遂犯限制于较小的范围，理论上也不致出现混乱。

第四节 排除犯罪性的行为的界限探析

排除犯罪性行为，是指在形式上似乎符合某种犯罪的构成要件，但实质上不具有刑事违法性，从而不构成犯罪的行为。对此，理论上有多种表述，有的称为“排除犯罪的事由”，有的称为“正当行为”，有的称为“犯罪阻却事由”，有的称为“合法损害行为”，还有的称为“排除社会危害性的行为”。在我国台湾地区和德、日刑法理论中，还有的称为“违法阻却事由”、“正当化事由”、“合法化事由”、“不法阻却事由”等，不一而足，含义虽有所区别，但基本意义都是：行为是在形式上符合构成要件，但不具备刑事违法性或具备免责条件而不承担刑事责任的情况。

一、*对社会危害性标准的评析*

通说理论认为，排除犯罪性行为，形式上似乎符合犯罪构成，但实质上不具有社会危害性和刑事违法性。[①] 也有观点认为，犯罪阻却事由是排除具有社会危害性的行为，并且在主观上不具有故意或者过失的罪过内容。[②] 社会危害性的有无成为判断排除犯罪性行为是否成立的主要标准。

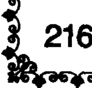
排除犯罪性行为是否真的没有社会危害性呢?

以正当防卫为例。某甲欲强奸某乙，某乙奋起反抗，并刺死了某甲。在这样一起典型的正当防卫案中，我们可以看到，某甲的犯罪行为侵犯的是妇女的性自由，而某乙的正当防卫行为则剥夺了他人的生命权。从利益衡量上看，生命权应高于妇女的性自由，应该说正当防卫所保护的利益小于所侵害的利益；从社会后果看，某甲的死亡虽咎由自取，但可能使其父母无人赡养、子女无人照顾、生产工作无法继续，这些都可能无法弥补；从法律后果看，正当防卫与刑罚的惩罚不一样，前者对加害人的损害高于后者，从肯定刑罚惩罚程度正当性的意义上讲，不能认为正当防卫没有社会危害性。

---

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社 1999 年版，第 230 页。

② 苏惠渔主编：《刑法学》（修订本），中国政法大学出版社 1999 年版，第 174 页。



再以紧急避险为例。有学者指出："那种为保护自己的利益而给他人造成严重损害的紧急避险，就很难说是对社会有益的。" "即便是从社会整体利益而言，它虽然避免了更大的损失，但也不能不承认对他人合法利益所造成的损害仍然是一种灾害，把造成这种灾害的紧急避险说成是对社会有益的行为，自然是不合情理的。"[①] 对此观点，笔者深表赞同。如果不承认紧急避险的社会危害性，则对紧急避险的防卫不好认定。不承认该防卫行为的正当性，就使被避险人处于一个被动的地位，承担本来没有加载自己的风险，这显然不合理，而且不利于保护被避险者的权益。另外，不承认被避险人防卫行为的正当性，对其追究刑事责任，使得被避险人处于一种完全无助的地位，既无他助也不许自助，显然有失刑法的公正性。而如果承认该防卫行为的正当性，无疑在某种程度上也承认了紧急避险的社会危害性。

因此，完全否定排除犯罪性行为的社会危害性是不正确的。

另外，排除犯罪性行为是否必须借助于社会危害性标准？严重的社会危害性是犯罪的本质特征，缺乏严重的社会危害性则不成立犯罪，对这一点笔者并无疑虑。但是，社会危害性标准是一个上位的标准，以之定义下位的排除犯罪性行为，虽然未必错误，但未免抽象且不够贴切，给人一种大而不当的感觉。而且，严重的社会危害性是社会评判标准，其规范质量已完全在刑法中体现出来，已完全规定于犯罪构成之中；脱离规范价值标准而求助社会标准，是否合适、必要？都是值得怀疑的。

所以，排除犯罪性行为与单纯的非罪行为是有区别的。从字面上看，排除犯罪性行为在形式上符合构成要件而具有刑法上的重要意义，只不过具备其他条件而排除了其犯罪性，认为不成立犯罪；单纯的非罪行为则不一样，它一开始就不具备刑法上的重要意义，应排除于刑法考虑之外。那么，既然排除犯罪性行为具有了规范性，相应也就应该依据一种规范标准排除其原有形式上的失范性，如我国刑法中的第20条和第21条规定，就不能借助于社会标准排除行为的犯罪性。社会危害性的有无与排除犯罪性行为的判断实属不同层面问题，不宜互相取代。

---

① 刘明祥：《论紧急避险的性质》，载《法学研究》1997年第4期，第99页。

二、对德、日判断标准之学说的检讨

关于排除犯罪性行为的标准，在德、日刑法理论上历来存在法益衡量说与目的说的对立。法益衡量说以救助利益与损害利益之间的比较作为判断排除犯罪性行为存在与否的标准。这种观点系客观不法的观点。而目的说则认为，不法的本质是违反国家所承认的共同生活的目的，判断不法的标准为是否违反这一目的。这一理论对立，大抵可说是主客观主义的对立。

后来出现了折中的学说，如社会相当性说、多元说等，这些观点认为应根据不同情况，考虑法益衡量和目的违反两方面的问题，具体确定排除犯罪性的行为。

本书讨论的则是行为无价值论与结果无价值论的对立，其与主观主义、客观主义的对立有一定承继关系，但不尽然。从理论阵营看，这一对立就属于客观主义内部的对立，或者是折中主义与客观主义的对立。

传统的结果无价值论只将排除犯罪性行为视为一种客观正当化事态，而不考虑主观的正当化要素。他们认为，该行为对法益对象的侵害在客观上是合法的，所以推定行为人所追求的法益对象之侵害在客观上也是合法的。麦兹格认为，正当化存在两种情况：一种系相互冲突的利益中具有优越性的利益，如正当防卫者的利益高于加害者的利益、公务行为的利益高于被执行公务者的利益等；另一种系欠缺相反利益的情况，如被害人承诺放弃某种利益。在这两种情况下，通过利益权衡就可以客观上确定应否排除侵害行为之犯罪性。日本结果无价值论者平野龙一认为，在阻却违法性的场合，应考虑法益侵害，即使这里法益侵害如何漠然都无关紧要。以认定劳动争议为例。如果不承认劳动争议的正当性，那么会阻碍劳动者地位的上升。基于这点考虑，虽然劳动者争议会具有某种结果无价值，但是非常漠然。[①] 前田雅英认为："违法性的有无属于客观方面的问题，与是否存在正当化事由与行为人主观内容没有关系，在正当防卫的情况下，不法侵害者的法益受到否定，在侵害当时显著减少，所以防卫者的利益更优越。"[②]

依照前田雅英教授的观点，既然加害者的法益变得很淡薄，防卫者的侵害

① ［日］平野龙一：《刑法机能的考察》，有斐阁1975年版，第21页。

② ［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2002年版，第224页。

就不具有违法性，至于其主观上是否本来有加害的意思，是否有必要区别偶然防卫和正当防卫，也都在所不问。①

结果无价值理论暴露出一些理论缺点：（1）不得不否定对未遂犯的正当防卫。正如行为无价值论所批评的那样，“结果无价值不只是构成要件的结果，还是既遂犯的实质内容，那么在只有客观正当化的情况下就不存在未遂犯的不法。”尽管未遂犯中存在必要的行为无价值，但没有法益侵害的结果，所以被侵害人也没有正当防卫的前提。②（2）未考虑行为无价值不利于限定防卫权的滥用。因为，即使坚持法益权衡说，“在两个利益发生冲突的情况下，法益优先保护的利益应通过价值比较来确定。例如，阻止不法侵害的防卫手段并不是在任何情况下都是合法的，只有与侵害相适应的防卫行为，才可以称之为‘正当防卫’”③。（3）否认正当化事由的主观正当化要素会使一些具体问题得不到合理的解释。如偶然防卫的可罚性。仅从客观上判断，一些正当化事由与违法行为并无二致，结果无价值论不得不借助于抽象化、精神化的法益侵害才排除了行为的犯罪性，其结论并非真正的客观主义。（4）结果无价值论者在解释具体问题时常常不得不放弃其结果无价值的立场。以日本新闻记者打听外务省的机密为例。日本判例认为，该行为在一般情况下是没有违法性的，但是新闻女记者以性交易为手段获得该机密，则构成违法。由此，平野龙一认识到：“某种行动如果没有一定的活动自由的保证就会萎缩，这种场合就没有违法性；但如果处罚是违反宪法的，那么这种保证自由活动的法益在某种意义上就非常漠然，这种场合虽然是结果无价值，但也可以说接近行为无价值。”④ 这实际上已放弃了其结果无价值论。

行为无价值论则以行为的合法性作为排除犯罪性行为的标准。齐林斯科认为：“正当化事由阻却了那些目前研究意义上显然被当做是反规范从而可能当做不法的事态，它将那些如果正当化事由未出现就可能评价为不法的行为不法性排除在外。这意味着，不法阻却所涉及的事态与在另一种情况下可能是不法的、反规范行为的事态完全相同。”所以，这里起决定作用的“只是被评价为合法

① ［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2002年版，第243页。

② Zielinski：Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff，Duncker & Humblot，1973，S. 261.

③ ［意］杜里奥·帕瓦多尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第147页。

④ ［日］平野龙一：《刑法机能的考察》，有斐阁1975年版，第20～21页。

的行为"，即"对该行为的积极价值评判出现了"，"所意欲的行为目标价值构造了行为的价值，正如所追求的行为目标的无价值构造了行为无价值"。"结果对阻却不法没有相关性"。因此，合价值的行为构成了正当化事态，正当化的事实基础是行为，而不是结果。从价值依据方面看，齐林斯科并不赞成以"正当化构成要件"或"消极的构成要件"作为标准，而主张一种关系到损害风险、结果机会、不同救助途径的损失乃至最终选择的"价值权衡"，即"利益权衡和行为的必要性"①，"其包括与行为人所追求的法价值与相关的法律无价值之间的价值相比较有更丰富的内容，系对具体行为法律价值的程度衡量并决定该行为是否违法"。这种"利益权衡和行为的必要性"是"纯粹正当化要件和法义务要件"②。阿明·考夫曼从规范的角度来解释违法阻却事由。他反对依据目的的合价值来认定正当化事由，他认为："对行为目的的积极评价——即使在对正当化前提条件的错误猜想的方面——并没有将行为无价值排除在外，而只是削弱了它"。正当化事由必须有其客观要素，"因为允许条款（关于正当化事由的规定）还以行为的客观要素为条件，所以对行为的违法性评价并非仅仅取决于行为人执行目的行为的意图内容"。正当化事由所依据的允许条款既然排除行为的犯罪性，其相对的规范就应该为禁止条款，二者的关系既可为单向的，也可为双向的。要么正当化事由成为禁止规范的组成部分，并不抵消违法性，而是自始就限制了这种对违法性的阻却；要么允许条款作为独立的法律条款存在于禁止规范之外，在具体的个案中抵消禁止的效力。③

从上述对行为无价值论所主张的正当化事由的分析中，我们可以发现以下几个方面的问题：（1）结果在排除犯罪性事由中所处的地位让人疑惑。行为无价值论的理论前提是，结果与目的性之间没有建立起"桥梁"，结果对不法无相关性。但是，在正当化事由中进行价值权衡时，行为无价值论仍无法否定

---

① 在行为无价值论法境中的"法益"，是指法秩序的承认和保护的法价值，是刑法秩序最终的保护目标和任务，是行为无价值与结果无价值最上位的价值评判依据，并非威尔哲尔理论视野中的具体生活利益，也非结果无价值论所主张的一会儿抽象化、精神化；一会儿又具体化、客观化的法益概念。法益与结果无价值的结果，行为无价值论者已作区分，后者系"法益对象"的侵害结果，二者不宜混淆（Zielinski：Handlungs－und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff，Duncker & Humblot，1973）。

② Zielinski，a. a. O. S. 222～227.

③ Armin Kaufmann：Zum Stande der Lehere vom personalen Unrecht Festschrift für Welzel zum 70. Geburststag，1974，S. 399～400.



"利益权衡"的重要性，其价值权衡不同于纯粹精神意义上的价值权衡，而包含具体利益的"程度"衡量。既然如此，结果在不法中就不是只处于"条件性"地位或仅影响刑罚裁量。[①]（2）可能导致理论上承认误想防卫的正当性。既然正当化事由的价值依托在于行为的目的性，那么在误想防卫的情况下，只要行为人具有正当的目的，即可成立正当防卫。这样就使"被侵害者承担了（误想防卫）风险，因为在此情况下，他处于违法阻却性侵害的相对位置。从而就有义务忍受这种侵害"。[②] 这对被侵害人而言是不合理的。（3）其规范功能也是有问题的。行为无价值论从行为规范或决定规范角度理解正当化事由，没有考虑到客观的、外在的评价标准，这与刑法的规范功能并不一致。（4）行为无价值论忽略结果——包括损害结果与救助结果——在正当化事由中的决定作用，而以客观的行为和主观要素为标准衡量违法性的有无，实际并未提出客观、明确、可操作性的标准，处理具体问题时难免会重新陷入主观主义的立场。

二元论的观点彼此之间存在分歧。有学者主张将正当化事由理解为"消极构成要件"，与刑法构成要件相对应。持这种观点的学者有赫尔希、罗克辛、阿图尔·考夫曼、恩格希等。

施塔藤威尔特批驳了阿明·考夫曼将允许条款与禁止条款对立的观点，他认为："阻却故意犯的行为无价值（如对正当防卫状况的误认）并不必然也阻却过失犯的行为无价值（这可能更多是基于违反注意义务的对事实状况的错误判断），据此而认为允许条款'原则上从对立的禁止中'获得意义，这不只是误解，简直就是错误。不法阻却事由抽象上可涵盖各种犯罪，但并不意味着在具体案件中，竞合或选择性地讨论多个犯罪构成要件时，只能够排他性地涉及允许或禁止。"[③] 所以，他认为，允许条款除了得抵消对行为的禁止条款之外，还得考虑抵消对法益侵害的禁止条款。如果允许条款只抵消了结果无价值，则其结果无价值要么不构成犯罪，要么构成其他犯罪，其中包括故意犯罪和过失犯罪；如果允许条款只抵消了结果无价值，则其行为无价值要么因故意而构成未遂犯，要么因过失而没有可罚性。

麦霍菲尔则认为，违法阻却在事实方面表现为利益冲突，该行为是否构成

① Zielinski: Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 213.

② J. Hirsch: Der Streit um Handlungs – und Unrechtlehre, ZStW, Bd. 94, 1982, S. 259.

③ Stratenwerth: Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für Schaffstein, 1975, S. 80.

犯罪，关键在于立法者以何种利益作为具有更高价值的利益。在构成犯罪的情况，被行为所侵害的利益居于优越地位；而在违法阻却的情况下，行为人的利益则具有更高的价值。在规范方面，“不仅考虑积极构成要件，而且也应考虑消极的构成要件，成文或不成文的允许规范都表达了这种消极的构成要件”①。

这种观点当然值得怀疑。因为，积极的构成要件与消极构成要件并非是非此即彼的关系，“出现消极构成要件要素，即正当化构成要件，不足以阻却违法，如行为人错误地设想了消极构成要件要素，这对阻却故意的推断并无正当化的功能”②。违法阻却问题比积极构成要件相对的消极构成要件要复杂得多。不仅如此，而且这种观点未考虑主观的违法阻却要素，而统一将缺乏主观违法阻却要素的免责置于责任问题中研究，没有区分违法阻却事由和责任阻却事由，这并不恰当。

耶塞克认为，正当化事由的规定“是以与不法构成要件相对的合法构成要件的允许规范形式出现的”。这种允许规范不是使“被禁止的内容合法化，而是应当服务于自身的和更宽广的目的”。在正当化事由中，存在禁止规范与允许规范的竞合，在这种情况下正当化事由“之所以优越于禁止规范，是因为它包含了对具体情况的特别规定”。从事实方面看，正当化事由须具备两方面的要素：第一，客观的正当化要素，即由于对立规范的介入，犯罪的结果不法和行为不法必须全部或大部分被抵消；第二，主观的正当化要素，即“行为人必须认识到合法化（正当化）状况的存在，以便行使因该状况的存在而赋予他的权利，或者履行因此而要求他应当履行的义务”。③

韦塞尔斯与耶塞克的观点相仿，认为：“禁止条款和允许条款在结构上表现为某种一致性。构成要件由主客观不法要素构成，同样允许构成要件也由客观和主观的正当化要素构成”。缺乏主观正当化要素或者缺乏客观正当化要素都不违法，如偶然防卫和误想防卫都具有违法性。④

如果说施塔藤威尔特持结果无价值的二元的不法理论观点，那么耶塞克与韦塞尔斯就持行为无价值的二元的不法理论观点，后者是德国通说的观点。这

---

① Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957, S. 156.

② Zielinski: Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humblot, 1973, S. 227.

③ ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第387页、第391页、第394页。

④ Wessels, Strafrecht AT, 1998, S. 76 ~ 77.



两种观点都注意到主观要素和客观要素对正当化的作用，这是应当肯定的，它弥补了一元的行为无价值论和结果无价值论解释误想防卫和偶然防卫问题中的缺陷。但是，结果无价值的二元的不法理论侧重于以法益权衡作为的解释依据，其在解释只具备行为无价值或结果无价值任何一种无价值的问题时，仍然难免绝对化。而行为无价值的二元的不法理论侧重于以消极构成要件作为认定正当化事由的依据，以此解释允许规范的目的价值或法益权衡，用之不当则容易陷于很狭窄思考范围，因为毕竟正当化事由的根据较之刑法所规定的积极构成要件要更广得多，事实上是不可能与积极构成要件相对应的。而且，行为无价值的二元的不法理论一般坚持限制的责任论。在解释误想防卫时，区分消极构成要件的错误和正当化前提性事实的错误，认为因消极构成要件的错误而误想防卫的，阻却故意而仅发生有无过失的问题。[①] 这是值得怀疑的。

三、排除犯罪性行为的构成

我国刑法理论上对排除犯罪性行为的构成主要有两个不同观点：

一种是通说的观点。该观点认为排除犯罪性行为须具备三个条件：（1）行为人主观上具有善意的故意。这种善意的故意必须是：虽然造成某种损害，却能阻止更大的损害。（2）行为人客观上必须有利于社会，即行为人的致害行为必须是在客观上维护我国刑法所保护的社会关系。（3）这种行为必须是依法制观念而不罚，即这种致害行为必须是法律明文规定不罚的或是法律虽未规定不罚，但依立法精神、法律的解释或社会观念认为应当不罚的行为。[②]

这种观点大体上相当于德国通说的二元的不法理论，即二者均强调主观、客观方面正当性，并且要求该行为符合法律规定。但是也有一些不一致的地方，从这三个条件来看，我国通说观点没有将排除犯罪性行为置于犯罪行为的对立面来考虑，未揭示此类行为符合形式的构成要件的特点，即其可能存在“犯罪性”的依据，那么相应也没有表达“排除犯罪性”的规范标准和事实标准。这一点与前述“社会危害性”标准相似。

总而言之，这种观点在我国形成较早，虽然未进行深入探讨，但基本立场

① ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 555 ~ 556 页。

② 高铭暄主编：《新中国刑法学研究综述》，河南人民出版社 1986 年版，第 272 页。

和理论构造上是经得起推敲的。

另一种观点则是结果无价值论，即主张以法益侵害的结果存在与否作为判定是否排除行为犯罪性的依据。具体到一些问题的解释上，如偶然防卫，该观点认为："行为人虽然没有认识到对方正在进行不法侵害，但其行为都在客观上保护了某种法益免受正在进行的不法侵害。因此，其给不法侵害的法益造成的损害就不是'违法的结果'。既然如此，对于偶然防卫通常应认定为无罪。"再如紧急避险，该观点认为："如果坚持结果无价值论，就会通过权衡紧急避险对法益的侵害与所保护的法益的质量得出适当结论：当不得已损害另一较小法益时，紧急避险是对社会有益的行为；当不得已损害另一同等法益时，紧急避险则是一种放任行为"①。

这种观点思考较为深入，这一点值得肯定。但是，仅以结果无价值作为考察犯罪性应否予以排除的根据，仍有失片面。以偶然防卫为例。结果无价值论否认偶然防卫可罚性的理由是：侵害者在实施侵害的同时，其法益已削减为"零"，偶然防卫人的防卫行为也就没有损害法益。② 但是，在偶然防卫的情况下，侵害者与被侵害者、防卫人与被防卫人实际上是相对的，偶然防卫人在自己的角度看系偶然防卫，而在侵害者的角度看则为侵害，这一点与互殴行为是相同的，不可能一方侵害人的法益突然变为"零"，而另一方侵害人的法益突然变为优势利益。而且，在偶然防卫情况下，偶然防卫人与被防卫人之间是互相侵害，如果一方侵害了另一方的利益因偶然防卫而不负刑事责任，另一方则因未得逞的侵害而忍受被侵害的事实性后果和法律后果，这种理论逻辑就成了丛林法则。

以紧急避险为例。在认定紧急避险性时完全不考虑伦理的妥当性，是不可能的。如富人为保护自己的名贵西服而抢劫穷人的雨伞。如果单纯以利益权衡作为考虑正当化的标准，那么富人的抢劫行为就属紧急避险。反之，如果为了追究富人的刑事责任，而将伦理、目的等行为无价值内容纳入法益概念之中，那么依据这种法益概念建构起来的结果无价值论并非真正的结果无价值论。

所以，以法益作为认定排除犯罪性行为的成立标准是不妥当的。

笔者赞成通说主客观相统一的观点，主张排除犯罪性行为应当由主客观正

---

① 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 195～197 页。

② ［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会 2002 年版，第 224 页。



当化要素构成，客观正当化要素包括行为要素和结果要素，而主观正当化要素是正当的目的，其支配着对行为要素和结果要素的主观态度。这种主张近似于前述第一种观点，也近似于德、日刑法理论中二元的违法阻却理论①，但与这两种理论有显著的区别。

本书观点与我国通说理论的最大区别是对排除犯罪性行为进行价值和规范考察，而不停留于社会危害性的事实考察。犯罪的成立，必须具有事实的损害性、无价值和反规范性三方面内容，排除犯罪性行为在事实损害性方面与犯罪并无二致，如杀死了某人、抢了某物等，而区别之处在于价值和规范两方面，即因正当防卫而杀人是社会能够容认的，且刑法明文规定不负刑事责任，所以是合价值和合规范的。

鉴于此，笔者认为，要排除行为的犯罪性，必须：（1）排除该危害行为的无价值性；（2）排除该危害行为的刑事违法性。② 因此，排除犯罪性行为必须具备以下条件：

（1）行为手段是适当的。排除犯罪性行为的手段必须符合社会相当性，行为人不得用具有危险性的手段，如不能用枪击的手段防止公共汽车上的扒窃行为，否则不排除行为的犯罪性。

（2）损害结果不得超出必要限度。对于不同的排除犯罪性行为，法律所允许的损害结果限度是不同的，如在特殊防卫时防卫行为所造成的损害结果可适当高于被保护的结果，而紧急避险所导致的损害则一般不超过被救助的利益。

（3）行为人主观上具有正当的目的。行为人的主观目的必须与刑法目的相一致，要么，为了打击犯罪要么为了保护人民合法权益。如果在这种正当目的之下还掺杂了个人不正当的目的，如复仇，那么就应具体进行判断，看哪种目的处于支配地位，正当目的处于支配地位时，则虽有不正当目的，因其所起作

① 这里是指行为无价值与结果无价值的二元论，而非法益权衡与目的说的二元论。

② 无价值性与刑事违法性在刑法上是同一概念，之所以分别讨论，其原因是：谈到“刑事违法性”实际上就是指犯罪，它是一个整体的、不可能分解为行为的刑事违法和结果的刑事违法或志向的刑事违法来分别讨论，不利于深人探讨刑事违法中的内部构造；而“无价值性”则可以分开讨论，行为无价值、行为合价值等均是这个意义。刑法上一个完整的“无价值”就是“刑事违法”，而且“无价值性”是从思考方法上对犯罪的理解，“刑事违法性”是从刑法规范上对犯罪的理解。二者的具体的区别，本书第一章已予充分说明。考虑到二者的相关性。在实质内容上我们使用“无价值”概念，而在刑法规范上则使用“刑事违法性”概念。

用不大，在刑法上可视为不重要的，也不予处罚；反之，如果不正当目的处于支配地位，则可视为偶然正当化并根据相应原则加以处罚。

（4）实施该行为是法律允许的。该行为一般是在不得已的情况下实施的，或者是正在进行的不法侵害，或者是紧急状态，或者是可允许的危险状态，这样才能排除行为的犯罪性。如果不存在法律的允许的状态，即使该行为具备了上述三项条件，也不应当排除其犯罪性。

本书的观点与德、日刑法理论中二元论的最大区别是：机能性地根据行为无价值或结果无价值来处理不同案件。因为依照二元的不法理论机械地处理排除犯罪性行为的问题时，行为无价值论与结果无价值论所存在的缺陷就会集中体现出来，一方面受到法益权衡的限制，另一方面又受到行为的相当性制约，不仅容易得出自相矛盾的结论，而且还会大大缩小排除犯罪性行为的范围。

以紧急避险为例。一个精神病人强奸某妇女，该妇女只有杀死精神病人才能保住清白，在这种情况下杀死了精神病人。如果进行法益衡量，因生命权高于贞操，那么依紧急避险处理则显然应追究该妇女的刑事责任。但这种处理违反人们的法感情。所以，二元的不法理论主张以正当防卫处理，即承认精神病人的行为构成不法伤害。[①]

但是，这种观点实际上又回到了戈德斯密特的古典不法理论中。

再以偶然防卫为例。德国二元的不法理论中存在严重的对立，通说认为，在偶然防卫的情况下主客观的不法要素都具备，应构成犯罪既遂。这种观点获得了判例的支持。而另一部分二元的不法理论，包括耶塞克、雅科布斯、韦塞尔斯、默拉赫等著名学者则主张，认定为犯罪未遂更合适。理由是："与实现构成要件相关的结果无价值已被适用客观正当化状况的抵消；行为的不法内容如不能犯未遂一样限定于主观的行为无价值"，"从有利于行为人的角度出发适用未遂规定而不以既遂行为处罚就显得具有代表性了。"[②] 这是二元的不法理论内部的争论，孰是孰非，双方均不能给出令人信服的理由。

鉴于上述问题，有些二元的不法理论的学者甚至主张放弃行为无价值与结果无价值作为不法根据的地位。如拉姆帕认为，行为无价值和结果无价值不能

---

① Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 125.

② Wessels, Strafrecht AT, 1998, S. 77.



作为不法的根据，只能证明不法。米罗珀洛斯（Mylonopoulos）也认为，应将行为与结果之间的关系无价值作为考虑不法的内容，这种关系与法律相悖为不法，反之则为合法。[①] 但是，相应的问题是：如果这种关系无价值并不存在，而只存在行为无价值或结果无价值任一方面，则能否被认定为合法？

所以，即使否定行为无价值和结果无价值对认定排除犯罪性行为的作用，也是于事无补的。

行为无价值与结果无价值所传达的思想是不一样的。行为无价值是侧重于告知人们如何正确实施行为。如果行为人按照自己的理解正确地实施了行为，其行为目的正当，行为方式得体，手段合适，那么其行为价值就应当抵消行为无价值；而对于侧重行为无价值的犯罪，只要行为人具有抵消无价值的行为，就可以认定其行为排除了犯罪性，即使出现了危害结果也不承担刑事责任。如某公安人员正在与劫匪交火时，发现有人在自己身后拔出了手枪向自己瞄准，当即开枪将此人击毙，后来发现此人系精神病人，所持手枪为玩具手枪。但是，该公安人员处于当时情况下，不可避免地会发生认识错误，所以基于防卫的目的实施了枪击行为。这种情况下，公安人员的行为虽导致我国刑法第 397 条规定的“重大损失”，但因欠缺行为无价值，故不应承担刑事责任。

所以，对于侧重行为无价值的犯罪就应以法律目的、精神等作为标准，判断行为是否抵消了行为无价值，并以此确定应否排除其行为的犯罪性。

结果无价值侧重于遏制司法擅断、限制恣意、保障平等裁判。司法官员在裁判结果无价值的时候，就要进行客观的利益衡量，不应掺入主观的色彩，不能认为两个犯罪人的生命价值低于一个正常人的生命价值。一旦在利益衡量中考虑了精神的和抽象的内容，如前述日本学者前田雅英那样在排除犯罪性行为中完全无视加害人的利益，就是失去了结果无价值的立场，而具有主观主义的意味。

对于侧重于结果无价值的犯罪，如过失犯或某些行政犯，就应以利益权衡的结果作为判定行为是否排除犯罪性的标准。以过失致人死亡罪为例。如某甲带邻居小孩外出游玩，发现某幼儿园失火，为了救人他冲入火中救了 3 个小孩，而忽略了自己所带的小孩，以致该小孩淘气被火烧死。这时某甲对邻居小孩未

① Christos Mylonopoulos: Über das Verhältnis von Handlungs - und Erfolgsunwert im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 98 ~ 99.



尽看管义务，对他的死负有过失的责任，但是他救出了3个小孩。经过利益权衡，获救的利益明显高于损害的利益，所以某甲的行为应该排除犯罪性。

当然，更多的犯罪则将行为无价值与结果无价值并重，如故意杀人罪，盗窃罪等。对于此类犯罪可以按照施塔藤沃尔特所提出的规则来解决。[①]

（1）有行为无价值而没有结果的情况：第一，对于直接故意犯罪，可按照犯罪未完成形态论处。第二，对于间接故意犯罪和过失犯罪，则因无可罚性而不追究刑事责任。

（2）仅有结果无价值而没有相应行为无价值的情况：第一，因不符合相应犯罪的构成要件而不构成该犯罪。第二，如果该行为符合其他犯罪的构成要件则可构成其他犯罪。

以上述对精神病人的紧急避险案件为例。故意杀人罪是行为无价值与结果无价值并重的犯罪，该妇女在此情况下完全没有任何无价值行为，不能构成故意杀人罪或过失致人死亡罪。虽然其行为导致了危害结果，但因没有相应的刑法处罚规定，所以也不构成其他犯罪。故而根据二元的行为无价值论和结果无价值论仍然可得出该妇女无罪的结论。

四、对一些具体问题的认定

在排除犯罪性行为中有几个特殊问题需具体讨论。

（一）偶然防卫

偶然防卫是偶然正当化事由中一个典型。对此问题的处理，我国刑法理论存在不同观点。一种观点认为，偶然防卫通常应认定为无罪，理由是无“违法的结果”[②]；而通说观点认为，偶然防卫不具备正当防卫的主观条件，不是正当防卫，而是故意犯罪[③]。德国刑法理论中也有不同观点，一种观点认为，偶然防卫构成犯罪既遂；而另一种观点认为，偶然防卫仅构成犯罪未遂。

笔者赞同通说的观点。因为主观条件、行为、结果条件均为排除行为犯罪性的必要条件，缺少任何一个就不应认为排除了行为的犯罪性，在偶然防卫的

---

① Stratenwerth: Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für Schaffstein, 1975, S. 178～179.

② 张明楷：《刑法学》（上），法律出版社1997年版，第229～230页。

③ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社1999年版，第240页。



情况下因不具备主观正当化要素，所以不能排除犯罪性。

但是，这也不意味着所有的偶然防卫都可构成犯罪。以过失犯为例。某甲酒后开车，撞死了一个正在行凶杀人的某乙，从而制止了某乙的不法侵害。虽然某甲的行为形式上符合了交通肇事罪的构成要件，但客观上制止了正在进行的杀人行为，对社会作出了贡献。在这种情况下，司法机关可能经过利益权衡，不追究某甲酒后开车的刑事责任。

在偶然防卫的情况下，应根据不同犯罪特征分别处理。在侧重行为无价值的犯罪中，行为人偶然防卫虽没有导致危害结果，但完全具备了犯罪的行为无价值，这时应认为该行为构成了犯罪既遂。如果公安民警滥用职权，开枪打死了两名行人。事后才发现，这两名被害人正准备去某地与毒枭联系贩卖毒品的犯罪活动，公安民警滥用职权行为偶然遏制了该犯罪。在这种情况下，应当认定该公安民警行为充足了滥用职权罪的构成要件。

在侧重结果无价值的犯罪中，偶然防卫没有导致危害结果，相应的就排除了该行为的犯罪性。如过失犯、某些行政犯的偶然防卫。

在行为无价值与结果无价值并重的犯罪中，偶然防卫不具备结果无价值，只具备行为无价值，仍然构成犯罪。以故意杀人罪为例。某甲向某乙瞄准射击，当场击毙某乙。在开枪的当时，某乙正在抢劫他人钱财，开枪行为偶然制止了抢劫犯罪的继续，在此情况上，鉴于某甲行为的危险性，不处罚则不利于打击犯罪；但同时某甲行为客观上虽导致了致人死亡的结果，但没有结果无价值，如处罚犯罪既遂则有失公平。所以，合适的做法是，判决某甲构成故意杀人罪，从轻处罚。

（二）假想正当化

假想正当化是在正当化事由并不存在的情况下，行为人误认为其存在，进而给他人造成危害的行为。假想防卫是典型例子。我国通说认为，假想防卫不是防卫，按照处理事实认识错误的原则处理。如果行为人可能认识到他人行为的非不法侵害，而没有认识的，那么应对他所造成的损害负过失犯罪的责任；反之，如果不能认识到他人行为的合法性质，则其假想防卫行为所造成的损害仅作为意外事件处理。[①] 除通说之外，还有三种不同观点：第一，认为假想防

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社1999年版，第236页。



卫在构成犯罪的情况下，应按故意犯罪处理；第二，认为在假想防卫的情况下行为人没有罪过，故不构成犯罪；第三，认为假想防卫既可能构成故意罪，也可能构成过失罪，还可能不负刑事责任。①

在德国刑法理论中存在严格责任理论与限制责任理论的对立。严格责任论认为，假想正当化系欠缺违法性认识的行为，如果其违法性认识错误可以避免，则该认识错误不影响定罪；如果不可能避免，则阻止责任，不构成犯罪。限制责任论将正当化事由的认识错误分为两种：一种是对前提性事实的认识错误，可阻止责任；另一种是对消极构成案件的认识错误，不阻止责任，仅阻止故意，行为人可以构成过失犯或不构成犯罪。

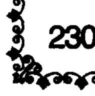
在假想正当化的情况下，行为人误认为禁止的行为系允许正当防卫的行为，并进而实施了行为，刑法没有发挥行为规范的功能，所以其行为欠缺行为无价值。鉴于此，对假想防卫的处理也不能一概而论。

在侧重行为无价值犯罪中，假想正当化抵消了其行为无价值，其可罚性根据就变得非常稀薄，故而即使导致了严重危害后果也不宜以犯罪论处。以非法拘禁为例。如公安人员协助执行计划生育工作时，误认为对执法对象进行关押是合法的。这种情况下不应成立犯罪。

在侧重结果无价值的犯罪中，虽然假想正当化抵消了行为无价值，但所抵消的无价值内容较少，而主要的无价值内容即结果无价值依然存在，所以这种情况不宜排除其犯罪性。以重大环境污染事故罪为例。即使行为人不知道排放放射性废物是违法的，只要其行为造成重大环境污染事故并致使公私财产遭受重大损失的，就应处以刑罚。否则，就会给犯罪分子以不知法而为自己开脱罪责留下可乘之机，同时助长了不学法、不知法的怠惰风气。

在行为无价值与结果无价值并重的犯罪中，虽然假想正当化抵消某种行为无价值，但如果符合其他犯罪的构成要件，也可以构成其他犯罪，无论过失犯抑或故意犯都在所不问。以防害公务罪为例。行为人某甲误认为两便衣警察是犯罪分子，将二人打翻在地，并致使其中一人重伤。某甲在本案中虽不应构成妨害公务罪，但重伤警察的行为构成了故意伤害罪，也应承担故意犯罪的刑事责任。当然，如果欠缺行为无价值的结果无价值不能符合任何犯罪的构成要件，

① 刘明祥：《错误论》，法律出版社 1996 年版，第 228 页。



那么就不应该定罪。

因此，上述我国和德国刑法理论中对假想正当化的处理都有失片面和绝对化，没有充分的说服力。

（三）正当防卫的限度

对正当防卫的限度，理论上有不同理解。除了传统的“基本相适应说”、“基本相适说”、“必须说”和“折中说”之外，还可以依据行为无价值和结果无价值进行分类。行为无价值论者主张正当防卫的必要限度就是“防卫的强度”①，而结果无价值论者主张，正当防卫的必要限度“应当是指刑法所规定的，为保护正当防卫的合法性质而要求防卫损害之轻重应予遵守的界限”②。也有学者主张“必要限度是正当防卫保持其自身的合法性质的数量界限”③。二元的不法理论则主张，防卫的必要限度包含两层含义：第一，“防卫人的防卫行为正好足以制止不法侵害人的不法侵害行为”；第二，“防卫人这种必须的防卫行为，没有给不法侵害人造成不应有的重大损害”④。

笔者赞成二元论的观点。理由是：（1）在正当防卫中，无论是行为价值还是结果价值都要到一定限制，超出限定范围则为无价值。（2）无论以行为限度或结果限度为标准都不能涵盖所有的正当防卫限度，在结果超出限度的情况下，结果无价值可构成过失犯罪或其他故意犯罪；在行为超出限度的情况下，其行为无价值则可能构成未遂犯。

小 结

我国刑法中的犯罪依行为无价值和结果无价值为标准大致可以分为三类：

（1）侧重行为无价值的犯罪。对此类犯罪而言，刑法的功能侧重于预防，而不再是传统意义上的消极惩治，具有一定程度积极法的作用。此类犯罪一般是那些严重反伦理、反秩序的行为，具有严重的危险性，一经实施可能会给社会造成不可预料的严重后果，如分裂国家罪。

① 高铭暄主编：《刑法学原理》（第2卷），中国人民大学出版社1993年版，第215页。
② 杨忠民：《对正当防卫限度若干问题的新思考》，载《法学研究》1997年第3期，第52页。
③ 陈兴良：《正当防卫论》，中国人民大学出版社1987年版，第144页。
④ 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第759页。

（2）侧重于结果无价值的犯罪。对此类犯罪一般已存在一定的防治规范或措施，只有这些防治措施不能遏制犯罪时才产生动用刑罚的必要性，其中最显著的特点就是出现了刑法中规定的危害结果。因而危害结果是此类犯罪的共同构成要件。对此类犯罪，刑法的功能并不侧重于预防而侧重于惩治，一方面借以确证规范的强制力，另一方面基于刑法谦抑性和保护自由的价值观念限制司法权力、保障平等司法、保障人权。

（3）行为无价值与结果无价值并重的犯罪。此类犯罪占刑法条款的多数，一般是传统的犯罪，如故意杀人罪，盗窃罪，诈骗罪等，这里行为无价值与结果无价值处于同等重要的位置，欲充足构成要件必须同时具备行为无价值和结果无价值两方面的内容。对此类犯罪的刑法条款相应也具备预防犯罪、惩治犯罪两方面的功能，相应运用刑法时既应注意限制权力、保障人权，同时又应重视发挥刑罚的威慑力。

鉴于如此复杂多样的刑法规定，单纯以行为无价值论、结果无价值论或行为无价值与结果无价值并重的二元论观点都难以解决我国刑法中所出现的理论问题。理论上一般热中于选择某一立场，以期消除行为无价值与结果无价值之间的对立。[①] 但是，只要刑法条款中实际存在这种差异，欲完全消除这种理论上的对立也就几乎不可能。以行为无价值论为例。因其无法解释“结果”对于刑事不法的意义，所以不得不将实行终了的未遂与既遂犯同步看待，不能找到区别既遂、未遂的客观依据，难免会陷于主观主义立场。以结果无价值论为例。因其片面注重法益侵害对于刑事不法的意义，而忽视行为无价值的不法内容，所以，在解释不能犯时，要么削足适履主张免除对不能犯的刑事责任，要么对法益概念进行精神化处理，将本来反对在定罪中考虑的刑法目的内容、伦理内容等纳入法益概念之中，最终无法真正否定行为无价值。而二元论更没有理想中的消除理论对立的功能，相反，机械二元论汇集了行为无价值论与结果无价值论的缺陷，难以解释上述问题。

与其煞费苦心消除理论对立，不如承认行为无价值与结果无价值的理论对立，承认各自的价值取向和功能，针对不同的情况机能性地运用不同价值观来处理，以实现不同的功能。

---

① ［日］野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社2001年版，第152页。



随着社会发展科技进步和全球化联系的加强，相继出现了一些新型犯罪动向，如高科技犯罪，跨国犯罪，恐怖活动组织犯罪，黑社会性质犯罪等，刑法在一些领域中不得不积极介入，如更多地处罚行为犯、承认抽象危险犯、扩大情节犯的范围，如我国1979年刑法中以“情节严重”或“情节恶劣”为基本构成要件的罪名有21个，而我国1997年刑法中则有60个。[①] 这些都显示出立法者对行为无价值的重视、对预防犯罪的青睐。甚至还有些犯罪，旧刑法以危害结果限定了处罚范围，新刑法中也予以适当放宽，更重视处罚行为的违法性。如盗窃罪，旧刑法中规定必须盗窃数额较大才构成本罪，而新刑法中则将范围扩大到“数额较大或者多次盗窃”两方面。

新刑法对行为无价值的侧重还表现在对抽象危险犯的态度上。除了对原有的非法制造、买卖、运输枪支、弹药罪，盗窃、抢夺枪支弹药罪等新刑法如数予以保留之外，还增加了一些新的抽象危险犯，如组织、领导、参加恐怖活动组织罪，非法买卖、运输核材料罪，违规制造销售枪支罪，非法持有私藏枪支、弹药罪，非法出租、出借枪支罪等。对抽象危险犯的危险，不需要具体地断定，只要证明行为人实施了抽象危险的行为，就可以推定危险的存在。

在上述事例中，新刑法对社会积极干预的加强，重视对行为无价值的防治可见一斑。

由于刑法的规定和防御犯罪的客观要求，在惩治犯罪中充分考虑了行为无价值的内容，机能性地与结果无价值一起解决现实中的问题，以及对指导立法或解释刑法中的具体规定，都是有重要意义的。

① 排除危害国防利益罪与违反军人职责罪两章。

主要参考文献

一、中文文献

（一）中文书籍

1.《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1972年版。

2. 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版。

3. 马克昌主编：《中国刑事政策学》，武汉大学出版社1992年版。

4. 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版。

5. 马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社1996年版。

6. 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上、下），中国法制出版社1999年版。

7. 高铭暄主编：《刑法学原理》，中国人民大学出版社1995年版。

8. 高铭暄主编：《新中国刑法学研究综述》，河南人民出版社1986年版。

9. 刘明祥：《错误论》，法律出版社1996年版。

10. 刘明祥：《财产犯罪研究》，中国政法大学出版社2001年版。

11. 林亚刚：《犯罪过失研究》，武汉大学出版社2000年版。

12. 王晨：《刑事责任的一般理论》，武汉大学出版社1998年版。

13. 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年版。

14. 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版。

15. 张明楷：《刑法学》（上），法律出版社1997年版。

16. 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版。

17. 陈兴良：《正当防卫论》，中国人民大学出版社1987年版。

18. 陈兴良：《刑法疏议》，中国人民大学出版社1997年版。

19. 孙国祥、余向栋、张晓陵：《过失犯罪导论》，南京大学出版社1991年版。

20. 姜伟：《犯罪故意与犯罪过失》，群众出版社 1992 年版。

21. 宋庆德：《新刑法犯罪论研究》，中国政法大学出版社 1999 年版。

22. 苏惠渔主编：《刑法学》（修订本），中国政法大学出版社 1999 年版。

23. 刘生荣：《犯罪构成原理》，法律出版社 1997 年版。

24. 李海东：《刑法原理入门》，法律出版社 1998 年版。

25. 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 1999 年版。

26. 余振华：《刑法违法性理论》，元照出版有限公司 2001 年版。

27. 洪福增：《刑法理论之基础》，三民书局 1977 年版。

28. 洪福增：《刑事责任的理论》，三民书局 1988 年版。

29. 蔡墩铭主编：《刑法总则论文选辑》，五南图书出版公司 1991 年版。

30. 陈朴生：《刑法专题研究》，三民书局 1988 年版。

31. 陈志龙：《法益与刑事立法》，台大丛书编委会 1992 年版。

32. ［德］雅科布斯：《规范、人格体、社会》，冯军译，法律出版社 2001 年版。

33. ［德］雅科布斯：《行为、责任、刑法》，冯军译，中国政法大学出版社 1998 年版。

34. ［德］耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版。

35. ［德］李斯特、施密特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社 2000 年版。

36. ［德］黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1961 年版。

37. ［德］康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社 1986 年版。

38. ［德］K. 拉恩兹：《法学方法论》，陈爱娥译，五南图书出版公司 2001 年版。

39. ［德］阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社 2002 年版。

40. ［苏］特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，薛秉忠、卢佑先、王作富、沈其昌译，中国人民大学出版社 1958 年版。

41. ［日］大塚仁：《刑法概说》，冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版。

42. ［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版。

43. ［日］川端博：《刑法总论二十五讲》，余振华译，元照出版有限公司 1999 年版。

44. ［日］木村龟二：《刑法学词典》，顾肖荣、郑树周译，上海翻译出版公司 1991 年版。

45. ［日］野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社 2001 年版。

46. ［日］泷川幸辰：《犯罪论序说》，王泰译，载《刑法学论丛》（第 3 卷），法律出版社 1999 年版。

47. ［日］小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社 1991 年版。

48. ［法］卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 1963 年版。

49. ［意］加罗法洛：《犯罪学》，耿伟、王新译，中国大百科全书出版社 1996 年版。

50. ［意］杜里奥·帕瓦多尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版。

51. ［英］J. C. 史密斯、B. 霍根：《英国刑法》，李贵方等译，法律出版社 2000 年版。

52. ［美］罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，张军等译，上海三联书店、上海人民出版社 1995 年版。

（二）中文论文

1. 马克昌、鲍遂献：《略论我国刑法上行为的概念》，载《法学研究》1991 年第 2 期。

2. 陈兴良：《社会危害性理论》，载《法学研究》2000 年第 1 期。

3. 陈兴良：《“无行为则无犯罪”——为一条刑法格言辩护》，载《中外法学》1999 年第 5 期。

4. 黎宏：《论刑法中的行为概念》，载《中国法学》1994 年第 4 期。

5. 储槐植：《三论第三犯罪行为形式“持有”》，载《中外法学》1994 年第 5 期。

6. 李居全：《浅议英美刑法学中的行为概念》，载《法学评论》2002 年第 1 期。

7. 秦秀春：《对刑法中行为的新思考》，载《中外法学》1999 年第 4 期。

8. 李立众：《论“持有”的行为形式》，载《法学评论》2000 年第 4 期。

9. 李洁：《论滥用职权罪的罪过形式》，载《法学家》1998 年第 4 期。

10. 张明楷：《“客观的超过要素”概念之提倡》，载《法学研究》1999 年第 3 期。

11. 张明楷：《监督过失探讨》，载《中南政法学院学报》1992 年第 3 期。

12. 储槐植、杨书文：《复合罪过形式探析》，载《法学研究》1999 年第 1 期。

13. 侯国云：《论新刑法典中若干新罪名罪过性质的认定》，载《法学家》1998 年第 3 期。

14. 赵瑞罡、杨庆玖：《监督过失论》，载《政治与法律》2001 年第 4 期。

15. 陈航：《日本公害犯罪理论及其对我们的启示》，载《兰州商学院学报》2001 年 5 期。

16. 刘明祥：《论紧急避险的性质》，载《法学研究》1997 年第 4 期。

17. 杨忠民：《对正当防卫限度若干问题的新思考》，载《法学研究》1997 年第 3 期。

18. ［日］西原春夫：《过失认定的标准》，载《日本刑事法的形成与特色》，法律出版社 1997 年版。

19. ［日］佐久间修：《共同过失与共犯》，中日第八次刑事法学术研究讨会报学者论文。

二、日语文献

1. ［日］团藤重光：《刑法纲要总论》，创文社 1990 年版。

2. ［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会 2002 年版。

3. ［日］前田雅英：《可罚的违法性理论》，东京大学出版会 1984 年版。

4. ［日］平野龙一：《刑法总论》（Ⅰ、Ⅱ），有斐阁 1975 年版。

5. [日] 平野龙一:《刑法机能的考察》，有斐阁1975年版。

6. [日] 川端博:《违法性的理论》，成文堂1990年版。

7. [日] 井田良:《犯罪论的现状与目的行为论》，成文堂1995年版。

8. [日] 井上祐司:《行为无价值与过失犯罪》，成文堂1977年版。

9. [日] 山中敬一:《刑法总论》，成文堂1999年版。

10. [日] 伊东研祐:《法益概念史的研究》，成文堂1984年版。

11. [日] 井田良:《行为无价值与结果无价值》，载《现代刑事法》1999年第1期。

12. [日] 川端博、曾根威彦、日高义博:《结果无价值与行为无价值》，载《现代刑事法》1999年7月第3期。

13. [日] 木村光江:《结果无价值论与行为无价值论之对立构造的意义和机能及射程》，载《现代刑事法》1999年7月第3期。

14. [日] 浅田和茂:《主观的违法要素与犯罪论》，载《现代刑事法》1999年7月第3期。

15. [日] 高桥则夫:《主观的违法要素与犯罪论》，载《现代刑事法》1999年7月第3期。

16. [日] 奥村正雄:《结果无价值论与行为无价值论的对立构造》，载《现代刑事法》1999年7月第3期。

三、德语文献

1. Diethart Zielinski:Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff,Duncker & Humblot,1973.

2. Christos Mylonopoulos:Über das Verhältnis von Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht,Carl Heymanns Verlag KG,1981.

3. Urs Kindhäuser:Gefahrung als Straftat:rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefahrdungsdelikte,Klostermann,1989.

4. Mayer,Max Ernst,Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts,Aufl. 1923.

5. Wessels,Strafrecht AT,1998.

6. Rudophi:Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre,Festschrift für Maurach,1972.

7. Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW, Bd. 87, 1975.

8. Krauβ: Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, ZStW, Bd. 76, 1964.

9. Maihofer: Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Rittler, 1957.

10. Stratenwerth: Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für Schaffstein, 1975.

11. J. Hirsch: Der Streit um Handlungs – und Unrechtlehre, ZStW, Bd. 94, 1982.

12. Wilhelm Gallas: Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrft für Paul Bockelmann, 1979.

13. Armin Kaufmann: Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht Festschrift für Welzel zum 70, Geburstst ag, 1974.

14. Eser: Verhaltensregeln und Behandlungsnormen, Festschrift für Lenckner 1998.

15. Mezger: Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, Berlin – München, 1950.

16. Welzel, Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, in: Kohlrausch – Festschr, 1944.

17. Michaelowa: Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung, in: Strafrechtliche Abhandlungen, Berlin 1968.

18. Zippelius. Erfolgader Handlungsunrecht, NJW 57, 1707.

19. Rainer Zaczyk: Der Begriff " Gesellschaftgefährlichkeit " im deutschen Strafrecht, in: Modernes Strafrecht und Ultima – ratio – Prinzip, Aufl. 1990.

20. Nowakowski: Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, in: ZStW, 63 (1951).

21. Engisch, Bemerkungen zu Thoedor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands – und Unrechtselementen, in: Festschrift für Theodor Rittler, 1957.

后　　记

行为无价值与结果无价值是当前德、日刑法理论上的难点问题，而我国刑法理论上却鲜有人问津。凭着一副初生牛犊不怕虎的劲头，我选择了以“刑法中的行为无价值与结果无价值研究”作为博士论文的选题，本书是在同名博士论文基础上修改而成。

本书倾注了我太多的汗水。刑法中的行为无价值与结果无价值研究是一项非常艰辛而且风险很大的工作，不仅因为本书主体部分的论述几乎全部需要借助外文文献，而且德、日刑法理论上对此问题的研究已经十分深入，欲想有所创新几乎是不可想像的。更令人不安的是，我国刑法理论上一般认为，行为无价值与结果无价值是德、日刑法理论违法性判断中讨论的问题，在我国理论上没有对应的部分，所以在语境转换和可借鉴性上，难度也较大。在这重重困难中，我非常艰难地进行了准备工作。至动笔之际，时值隆冬，天寒地冻，处于喻园的家中几无立锥之地，不得不在外租房写作，早出晚归，雨雪无阻。其间，因房主之故，又几度搬迁，最后搬入办公室中，关门塞牖，历时三月，终于完成初稿，回首之时，心有余悸。

恩师马克昌教授从本书的选题、开题报告拟定、本书结构的设计到写作都进行了悉心指导，特别是本书初稿完成以后，马先生更是字斟句酌地指导修改。这一切让我感受到师恩的力量，拳拳服膺，不敢懈怠。

在博士研究生学习期间，赵廷光教授的言谈常常给我启迪；莫洪宪教授在学习上给了很多帮助；李希慧教授对我的学习和生活都给予了兄长般的关怀；刘明祥教授的榜样作用一直是一种无形的力量牵引着我；林亚刚教授给我的论文选题和写作提供了许多建设性意见和写作技术性指导；中南政法学院的朱继良教授不仅引导我进入刑法学的殿堂，而且他所培养的我的一些优秀而宽厚的师兄，使我得到了很多帮助，让我学会了怎样堂堂正正地做人。这些都让人不敢遗忘。

最后，还要感谢我的妻子毛卉博士，是她为我营造了一个轻松的家庭环境，使我能够满怀信心地从事工作和学习。

王安异

二〇〇四年十月于喻园